

CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS: CONTEÚDO, ALTERAÇÕES *IN MELLIVS* E *IN PEIVS* E TEORIAS DO CONGLOBAMENTO E DA ACUMULAÇÃO. A PROPOSTA DE PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA^(*)

1. Introdução; 2. Conteúdo das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho; 2.1. Classificação do conteúdo; 2.1.1. Cláusulas normativas; 2.1.2. Cláusulas obrigacionais; 2.1.3. Cláusulas mistas; 3. Alterações nas condições de trabalho; 3.1. Alterações in mellivs; 3.2. Alterações in peivs; 3.2.1. Redução salarial por convenção ou acordo coletivos; 3.2.2. Compensação de horários e redução da jornada; 3.2.3. Alteração da jornada em turnos de revezamento; 4. Meios de aferição qualitativa das alterações; 4.1. Teoria do conglobamento; 4.2. Teoria da acumulação (ou atomização); 4.3. Solução intermediária: análise de instituto por instituto; 5. A proposta de prevalência do negociado sobre o legislado; 5.1. A inconstitucionalidade da alteração; 5.1.1. A proteção é imanente ao princípio da isonomia; 5.1.2. Comando constitucional negativo; 5.2. Conveniência e oportunidade da flexibilização; 5.3. Obsolescência e formas inteligentes de flexibilizar; 5.4. Aprovação do projeto geraria instabilidade jurídica; 6. Considerações Finais. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

As Convenções Coletivas de Trabalho e os Acordos Coletivos de Trabalho (os últimos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro a partir do advento do Decreto-lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967, que incluiu o § 1º ao artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho) são, indubitavelmente, as mais importantes fontes imperativas de produção coletiva autônoma — profissional, consoante divisão proposta por *Gomes e Gottschalk*⁽¹⁾ — do Direito do Trabalho, prestando-se como instrumentos de consagração do denominado pluralismo jurídico, identificado por *Amauri Mascaro Nascimento* como “princípio fundante dos ordenamentos sociais”, expresso na “teoria do direito social”.⁽²⁾

Com o propósito de encontrar solução satisfatória para os problemas então decorrentes

(*) Juiz Titular da Segunda Vara do Trabalho de Assis-SP, Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP (Associação Educacional Toledo), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

(1) *GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson*. “Curso de Direito do Trabalho” (atualizado por *PINTO, José Augusto Rodrigues*). 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33 e ss. Os autores dividem as fontes imperativas do Direito do Trabalho em quatro categorias, segundo a sua origem e a composição dos órgãos dos quais promanam: a) fontes de produção estatal; b) fontes de produção profissional; c) fontes de produção mista; d) fontes de produção internacional. Em relação às fontes de produção profissional, apontam como seus caracteres originais o fato de as regras serem precedidas da intervenção direta dos interessados e o campo — restrito — de sua aplicação, não tendo a generalidade das regras que emanam das assembleias legislativas.

(2) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. “Compêndio de Direito Sindical”. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 130.

de dois ramos do Direito, o Direito do Trabalho e o Direito Internacional, *Gurvitch*, um dos fundadores da teoria citada (do direito social), já em 1931, numa de suas obras clássicas, sustentava a necessidade — para ele indispensável — de “fundamental revisão da teoria das fontes do direito positivo”, argumentando que “o estado atual do Direito do Trabalho é caracterizado, antes de mais nada, pelo papel crescente do direito extra-estatal e inoficial que emana dos grupos espontâneos de interessados e os seus acordos”.⁽³⁾

Trazendo a lição para os nossos dias, mais se agiganta a necessidade de, senão revisar, pelo menos compreender, na sua inteireza, a relação de hierarquia existente entre as diversas fontes formais do Direito do Trabalho. Sem abstração do que ocorre no plano internacional, é imperativo que se desloque o foco para o âmbito interno, uma vez que, no Direito do Trabalho brasileiro, prega-se, hoje, a prevalência do negociado sobre o legislado. Boa parte da doutrina — com ponderáveis razões científicas, é preciso reconhecer — enxerga, na inovação, oportunidade ímpar para o fortalecimento do sindicalismo. Outros divisam portas escancaradas para a precarização ainda maior das relações de trabalho.

A proposta deste estudo é, a partir de análise científica que não prescindia da necessária observação empírica⁽⁴⁾, extrair conclusões — desapixonadas e, o quanto possível, seguras — a respeito do tema, que vem sendo erigido em terreno bastante movediço. Para isto, mister se faz que haja, primeiro, a delimitação do conteúdo da Convenção Coletiva de Trabalho e do Acordo Coletivo de Trabalho, instrumentos jurídicos que resultam da negociação coletiva desenvolvida com êxito (aquela, entre sindicatos representantes das categorias profissional e econômica, produzindo, no âmbito das partes representadas, efeitos *erga omnes*; o último, com esfera de aplicação mais restrita, resultado da negociação havida entre sindicatos profissionais, de um lado, e uma ou mais empresas, do outro).

Uma vez traçados os contornos do conteúdo de cada um dos instrumentos normativos⁽⁵⁾ em questão (e o estudo a eles restringir-se-á, por serem os frutos da negociação coletiva que o ordenamento jurídico pátrio contempla), passaremos a analisar as possibilidades de neles serem previstas alterações das condições de trabalho, tanto *in mellius* como *in pejus*, sob diversos prismas: em face do pactuado nos contratos individuais de trabalho, em outros instrumentos normativos e na relação destes com a lei (ordinária e a Constituição Federal), com abordagem das teorias do conglobamento e da acumulação (ou atomização), optando por aquela que nos pareça mais consentânea com a realidade brasileira.

(3) *GURVITCH*. “Le Temps Present et L’Idée du Droit Social”. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1931, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 130.

(4) Afinal, “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”. *RIPERT, apud TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio*. “O Procedimento Sumaríssimo no Processo do Trabalho”. 2º t., São Paulo: LTr, 2000, p. 21.

(5) Nos permitiremos utilizar a expressão “instrumentos normativos” como gênero que engloba Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho (também sentenças normativas, que, entretanto, não são objeto do presente estudo), em face da preponderância das cláusulas de conteúdo normativo neles inseridas. Não descuremos, entretanto, da necessária classificação das referidas cláusulas, no aspecto do conteúdo, quanto aos seus destinatários.

É preciso antecipar, porém, que serão conclusões embrionárias, de primeira hora, destituídas de qualquer pretensão de esgotamento da matéria e passíveis de alterações futuras, após adequado amadurecimento científico.

2. CONTEÚDO DAS CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS

Conteúdo é, para os lexicógrafos, aquilo que está contido (em algum recipiente, por exemplo). O “Novo Dicionário Aurélio”⁽⁶⁾ apresenta o vocábulo como particípio arcaico de *conter*. Este, verbo transitivo direto originado do latim *continere*, expressa — no sentido que nos interessa — a idéia de: “1. Ter ou encerrar em si; compreender; incluir: *Este livro contém toda a produção poética de Cecília Meireles*; ‘Toda obra de arte há de ser essencialmente socrática, isto é: conter mais questões do que respostas’ (*Álvaro Lins*, “Literatura e Vida Literária”, p. 27)”; e “6. Estar incluído; incluir-se: *Neste volume se contém alguns dos melhores contos machadianos*.”⁽⁷⁾ Conteúdo é, em suma, “assunto, tema, matéria de carta, livro etc.; teor, texto”.⁽⁸⁾ Assim, para estabelecer o conteúdo dos instrumentos normativos em epígrafe, é preciso realizar delimitação das matérias — e correspondentes naturezas jurídicas — possíveis de serem por eles tratadas.

Para *Alfredo J. Ruprecht*, “o conteúdo das convenções coletivas de trabalho é a matéria dessas convenções, quer dizer, o conjunto de cláusulas que as integram”. Segundo o consagrado autor argentino, “as condições de trabalho de que tratam as convenções coletivas não são uma novidade imposta por elas, pois já estavam no Direito comum, nas contratações civis ou comerciais”.⁽⁹⁾ Entre nós, *Segadas Vianna* e *João de Lima Teixeira Filho* entenderam ser o conteúdo “a série de cláusulas ou condições que contém o instrumento celebrado entre as entidades sindicais”, recorrendo a *La Cueva* para completar a definição: “o grupo de normas que regulam a situação econômico-social objeto da instituição”.⁽¹⁰⁾

Carlos Moreira De Luca observa que “a doutrina brasileira reconhece que é muito amplo o conteúdo possível da convenção coletiva. Embora às vezes tal conteúdo seja relacionado ao estabelecimento de condições de trabalho, geralmente a colocação indica apenas o aspecto fundamental da convenção, não os seus limites”. Acrescenta que “geralmente registra-se a tendência expansionista do conteúdo das convenções coletivas”, lembrando posição de autores italianos, “para os quais tal conteúdo alcança todo o interesse coletivo, que algumas vezes coincide com os interesses gerais da sociedade...”.⁽¹¹⁾ De forma mais

(6) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”. 2ª ed., 28ª impr., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 464.

(7) Ob. cit., pp. 463-464.

(8) MICHAELIS. “Moderno Dicionário da Língua Portuguesa”. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 571.

(9) RUPRECHT, Alfredo J. “Relações Coletivas de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1995, p. 416.

(10) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; e TEIXEIRA, Lima. “Instituições de Direito do Trabalho”. 15ª ed., São Paulo: LTr, 1995, v. 2, p. 1097.

(11) DE LUCA, Carlos Moreira. “Convenção Coletiva do Trabalho — Um estudo comparativo”. São Paulo: LTr, 1991, p. 146.

direta, *Mozart Victor Russomano* sentencia: “As cláusulas de que se compõe a convenção coletiva encerram o seu conteúdo”.⁽¹²⁾

Conforme a Organização Internacional do Trabalho, “nos últimos anos, a tendência tem sido de aumentar os itens suscetíveis de negociação. Hoje, incluem a segurança no emprego, a introdução de novas tecnologias e seus impactos sociais, treinamento e reciclagem, planos suplementares de seguridade social e bem-estar dos trabalhadores. Há várias maneiras de determinar que questões são negociáveis. Em alguns casos, as partes diretamente envolvidas podem chegar a um acordo depois da negociação. Em outros, a lei pode estabelecer o que deve, necessariamente, ser ou não incluído na negociação. Pode, ainda, estabelecer tópicos sobre os quais um empregador não pode negar-se a discutir, ou fazer uma lista de itens que só podem ser considerados negociáveis com a concordância de ambas as partes”.⁽¹³⁾

No plano jurídico-formal interno, ao tratar da Convenção Coletiva de Trabalho, no *caput* do artigo 611, a Consolidação das Leis do Trabalho a define como “o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais *estipulam condições de trabalho* aplicáveis, no âmbito das respectivas categorias, às relações individuais de trabalho” (sem destaque no original). No parágrafo 1º do mesmo dispositivo, a CLT faculta aos “Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, *que estipulem condições de trabalho*, aplicáveis ao âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho” (grifos nossos).

Não há dúvida que, preponderantemente, os instrumentos jurídicos a que nos referimos — e por isso são rotulados normativos — devem conter (novas e abstratas) condições de trabalho. Para isto foram concebidos. Entretanto, o aparente tratamento taxativo dado pelo legislador pode, a partir de interpretação literal (ou gramatical, e esta tem sido proclamada a técnica mais pobre de interpretação), como adverte *José Cláudio Monteiro de Brito Filho*, “dar a falsa impressão de que somente condições de trabalho poderiam constar no bojo dos contratos coletivos”⁽¹⁴⁾ (a expressão “contratos coletivos” é utilizada pelo autor como gênero, que engloba as espécies convenções e acordos coletivos).

Mas não. A primeira — e falsa, como salientado — impressão é logo espancada, conforme precisa lição do insigne jurista paraense, “pelo disposto nos incisos do artigo 613, *caput*, do mesmo diploma legal, que revela que nem todas as cláusulas são relativas a condições de trabalho, havendo algumas que dizem respeito às relações entre os próprios

(12) *RUSSOMANO, Mozart Victor*: “Princípios Gerais de Direito Sindical”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 179.

(13) Organização Internacional do Trabalho. “Negociações Coletivas” (trad. VALLE, Sandra). São Paulo: LTr, 1994, p. 19.

(14) *BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de*. “Direito Sindical — Análise do Modelo Brasileiro das Relações Coletivas de Trabalho à Luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT: Proposta de Inserção da Comissão de Empresa”. São Paulo: LTr, 2000, p. 220.

contratantes”.⁽¹⁵⁾ É dessa natureza diversa das cláusulas que emerge a necessidade de uma adequada classificação, não havendo, na doutrina, uniformidade no tratamento da questão. Assim, analisaremos as classificações apresentadas por diversos autores, na tentativa de sistematizar, da forma mais objetiva e clara possível, o conteúdo dos instrumentos normativos segundo a natureza de suas cláusulas.

2.1. Classificação do conteúdo

Ao estabelecer, no artigo 2º da Convenção n. 154, os fins a que se destinam as negociações coletivas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) demarcou, na verdade, o conteúdo possível nas contratações coletivas: “a) fixar condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez”.⁽¹⁶⁾

Segundo afirmação do Secretariado Internacional do Trabalho, “todas as leis sobre as convenções coletivas contêm duas séries de regulamentações que diferem por sua natureza, alcance e fim: a) regulamentação de direitos e obrigações das partes na convenção coletiva, sejam sindicatos profissionais, comitês paritários, organizações corporativas ou grupos de trabalhadores, partes nas instâncias de conciliação; b) regulamentação das condições de trabalho em favor das pessoas representadas pelas partes na convenção coletiva”.

Conclui o Secretariado: “Ora, a regulamentação das relações entre as partes na convenção coletiva não é um fim em si mesmo, mas um método para o estabelecimento de condições de trabalho. Serve de armadura para a regulamentação das condições de trabalho, capítulo este que é a verdadeira razão da existência das convenções coletivas”.^{(17) (18)}

De acordo com *Ruprecht*, para a OIT, “o elemento obrigacional compreende as seguintes cláusulas: a) as que se referem à execução da convenção coletiva e à proibição dos atos que possam perturbar o desenvolvimento das relações coletivas; b) as que criam organismos paritários, agências de colocação, sistemas de seguridade social etc.; e c) sobre admissão e dispensa coletiva”. As normativas — prossegue — “compreendem: a) obrigações dos empresários; b) obrigações dos trabalhadores; c) organização das relações de trabalho e regularização dos conflitos individuais de trabalho”.⁽¹⁹⁾

(15) Ob. e p. cit.

(16) *SÜSSEKIND, Arnaldo*. “Convenções da OIT”. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 389.

(17) *RUPRECHT, Alfredo J.* Ob. cit., pp. 417-418.

(18) Preferimos, ao tratamento dado pela OIT em relação aos convenientes e àqueles sobre os quais se projetarão, como regra, os efeitos da contratação coletiva, aquele dispensado por *Amauri Mascaro Nascimento*, segundo o qual “enquanto sujeitos estipulantes são os sindicatos, partes das convenções coletivas são as categorias, uma vez que é sobre estas que os efeitos das convenções coletivas se projetam. A convenção coletiva é um instrumento de regulamentação das condições de trabalho de uma categoria”. Ressalta, porém, o autor, que “É [a Convenção Coletiva], também uma forma de definição de obrigações entre os sujeitos estipulantes, caso em que os sujeitos e partes se confundem” (*NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. Ob. cit., pp. 340-341). As precisas — e preciosas — lições do mestre brasileiro, acrescentaríamos apenas que, em se tratando de Acordo Coletivo de Trabalho, pode haver também confusão entre sujeito e parte, pois sobre a empresa(s) signatária(s) se produzirão os efeitos da contratação.

(19) *RUPRECHT, Alfredo J.* Ob. cit., p. 418.

Raynaud, também citado por *Ruprecht*, agrupa as cláusulas em: “a) as que concernem às condições de trabalho cujo conjunto constitui o *núcleo*; e b) as destinadas a assegurar a aplicação da convenção coletiva, que constitui o invólucro protetor”.⁽²⁰⁾ *Pic* enxerga no conteúdo três partes principais: “a) as cláusulas que se referem às modalidades dos contratos individuais de trabalho ou de equipe constituem o núcleo; b) as relativas à proibição de derrogar a convenção coletiva, as de adesão, as que estabelecem os direitos sindicais, as relativas à greve e às modalidades de conciliação e arbitragem, são o invólucro protetor; e c) as que se referem à aplicação e duração da convenção coletiva”.⁽²¹⁾

O juslaboralista argentino *Ruprecht* traz, ainda, dentre outras, as classificações dadas por *De La Cueva*⁽²²⁾ e *Rouast-Durand*⁽²³⁾. O primeiro, “seguindo *Kaskel e Hueck-Nipperdey*, estabelece as seguintes partes: a) o invólucro; b) o elemento obrigatório; c) o elemento normativo; d) as cláusulas eventuais, ocasionais ou acessórias”. Já para os últimos, “as cláusulas deveriam ser agrupadas da seguinte forma: a) as que regulamentam as condições de trabalho; b) as que organizam as relações entre os signatários; c) as que estabelecem disposições constitucionais para todas as empresas”.

De seu turno, apesar de reconhecer que, “em geral, o conteúdo diversifica-se em duas grandes direções: normativa e obrigacional”, *Ruprecht* acaba opinando que se conforma mais com a realidade a classificação feita por *Alonso Garcia* (“Curso de Derecho del Trabajo”, Barcelona, 1973, 4ª ed., p. 232), segundo a qual, “em toda convenção coletiva cabe diferenciar três tipos de estipulações independentemente da matéria sobre a qual verse a convenção: estipulações *obrigacionais* que ligam os sujeitos pactuantes da convenção, do mesmo modo que as cláusulas de um contrato obrigam suas partes; estipulações *normativas* que são as que fixam as condições nas quais devem ser celebrados os contratos individuais de trabalho, e estipulações de *garantia*, cuja finalidade é assegurar o cumprimento e a eficácia das anteriores (cláusulas sobre duração, entrada em vigor, divulgação, etc.)”, reconhecendo, ao mesmo tempo, “a existência de algum outro tipo de cláusula de difícil classificação”.⁽²⁴⁾

O jurista adota, no entanto, classificação que abarca, além de cláusulas normativas e obrigacionais, cláusulas não-negociadas (*manifestações coletivas, em função do reconhecimento da existência de um interesse predominante ou exclusivo de uma das partes, que não se opõe, mas coincide com um interesse público, expressa ou tacitamente admitido*); cláusulas obrigatórias e facultativas (quanto ao aspecto da obrigatoriedade de inserção

(20) RAYNAUD. “Le contrat collectif en France”. Paris, 1921, p. 137 *apud* RUPRECHET, Alfredo J. Ob. cit., p. 417.

(21) PIC. “Legislación Industrial”. Madrid, 1942, p. 239 *apud* RUPRECHET, Alfredo J. Ob. cit., p. 417.

(22) DE LA CUEVA. “Derecho Mexicano del Trabajo”, México, 1959, 2ª ed., t. II, pp. 597-598 *apud* RUPRECHET, Alfredo J. Ob. cit., p. 418.

(23) ROUAST; DURAND. “Précis de Législation Industrielle”. Paris, 1948, 3ª ed., pp. 250-251 *apud* RUPRECHET, Alfredo J. Ob. cit., p. 419.

(24) RUPRECHET, Alfredo J. Ob. cit., pp. 417, 419-420.

de algumas normas, ressaltando que *as únicas cláusulas que cabe aceitar obrigatoriamente que sejam incluídas são as que tornam sua validade normal*); cláusulas eventuais, ocasionais ou acessórias (que, na realidade, não integrariam a convenção coletiva, sendo produto da intervenção de patrões e trabalhadores, constituindo-se *disposições alheias às formalidades próprias desses documentos*); e, por fim, cláusulas transitórias (de vigência temporária, *que servem para resolver a situação de transição que se produz quando se passa de um regime anterior para o novo instaurado pela convenção*).⁽²⁵⁾

É o quanto basta para demonstrar, exemplificativamente, a dissensão existente na doutrina alienígena. No nosso meio, *Russomano*⁽²⁶⁾ preconiza a classificação segundo vários critérios. Em primeiro lugar, distingue as cláusulas obrigatórias das facultativas. A seguir, denotando interesse pela classificação sugerida por *Cabanellas*, divide as cláusulas dos instrumentos normativos em três espécies: a) cláusulas que regem a convenção (também por ele denominadas instrumentais, e que disporiam, v. g., sobre o prazo de vigência do convênio); b) cláusulas obrigacionais; e c) cláusulas normativas (sobre as duas últimas, discorreremos mais adiante).

Na verdade, embora o direito brasileiro não o faça, de forma expressa, comungamos a opinião de *Amauri Mascaro Nascimento* no sentido de ser conveniente estabelecer a diferença entre os tipos de cláusulas estipuladas nos instrumentos normativos para, de acordo com a natureza de cada tipo, reconhecer-lhes efeito próprio e tratamento diverso. Assim, conveniente trazer a lume, ainda que de forma ligeira, perfunctória, posições de doutrinadores nacionais, como a de *Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*, para quem “a natureza jurídica da convenção coletiva determina o conteúdo das cláusulas que explicitam direitos e obrigações dos sujeitos convenientes”.⁽²⁷⁾

Segundo referido autor, “as doutrinas brasileira e estrangeira distinguem, com pequenas nuances na classificação, as cláusulas em obrigatórias ou facultativas, quando se toma como referência a lei que disciplina a matéria; em normativas ou regulamentares e obrigacionais quando se considera o próprio conteúdo”.⁽²⁸⁾ Após apresentar diversas classificações, algumas expostas acima, *José Cláudio Monteiro de Brito Filho* opta por ressaltar duas, pela sua importância: “a primeira, quanto à obrigatoriedade de inclusão das cláusulas que divide o conteúdo em cláusulas obrigatórias e cláusulas facultativas...”; e “a segunda, que divide o conteúdo quanto ao destinatário das cláusulas em normativo e obrigacional e permite fixar o que é obrigação dos contratantes e o que é estipulado para regular as relações individuais de trabalho, existentes ou que virão, durante o curso do

(25) Ob. cit., pp. 420-440.

(26) *RUSSOMANO, Mozart Victor*. Ob. cit., pp. 179-180.

(27) *OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de*. “Convenção Coletiva de Trabalho no Direito Brasileiro”. São Paulo: LTr, 1996, p. 65.

(28) Ob. e p. cit.

contrato coletivo, a existir”.⁽²⁹⁾

A nosso sentir, no entanto, até pela reconhecida importância que lhes empresta a doutrina em geral, entendemos — com apoio em textos de ilustres juristas nacionais, dentre os quais destacam-se *Amauri Mascaro Nascimento*⁽³⁰⁾, *Carlos Moreira De Luca* (que, assim como ora fazemos, adere à observação “de que a divisão da convenção em parte obrigacional e normativa tem sentido didático, e ajuda a bem compreender e dimensionar seu conteúdo, não sendo, contudo, absoluta”)⁽³¹⁾, *Octavio Bueno Magano*⁽³²⁾ e *Renato Rua de Almeida*⁽³³⁾ — que, a par de toda exemplificação anterior, basta ao nosso estudo, entre as propostas apresentadas, a classificação das cláusulas das convenções e acordos coletivos em dois grandes tipos, segundo seus destinatários: cláusulas normativas e obrigacionais. Acrescentaríamos uma terceira modalidade, apenas para melhor sistematização: as cláusulas mistas, resultantes do amálgama das duas anteriores. Sobre as três nos debruçaremos a seguir.

2.1.1. Cláusulas normativas

As cláusulas normativas destinam-se a regulamentar as relações de trabalho no âmbito das partes envolvidas nas contratações coletivas (entendidas como partes as categorias profissional e econômica, representadas pelos sujeitos estipulantes das Convenções Coletivas, ou parcela da categoria profissional e a empresa, quando firmam Acordo Coletivo de Trabalho, situação em que a última atua na condição de sujeito contratante e, simultaneamente, parte diretamente interessada no objeto da contratação, sobre a qual se projetarão os efeitos desta, conforme já tivemos a oportunidade de destacar na nota de rodapé n. 18).

Não é sem razão, portanto, que *Amauri Mascaro Nascimento* é categórico ao afirmar que “o conteúdo normativo é o núcleo dos acordos e a sua parte principal, a sua verdadeira razão de ser: a constituição das normas para os contratos individuais de trabalho”. Segundo o autor, as cláusulas normativas abrangem “as normas jurídicas sobre relações individuais de trabalho, o estabelecimento e a participação dos trabalhadores na empresa”, constituindo-se nas mais expressivas, sendo “dirigidas aos empregados e empresas e aos seus respectivos contratos individuais sobre os quais se projetarão”.⁽³⁴⁾

Comum a todo direito privado, a vontade das partes é fonte primária também no Direito

(29) BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Ob. cit., p. 224.

(30) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. cit., pp. 304-307.

(31) DE LUCA, Carlos Moreira de. Ob. cit., pp. 146-154.

(32) MAGANO, Octavio Bueno. “Manual de Direito do Trabalho — Direito Coletivo do Trabalho”. v. III, 3ª ed., São Paulo: LTr, 1993, pp. 166-170.

(33) O autor destaca que “a doutrina, ao analisar o conteúdo da convenção coletiva de trabalho, ressalta a existência de cláusulas normativas e obrigacionais. Cláusulas revestidas de caráter normativo ou obrigacional”, acentuando, na mesma linha de Magano, que “as cláusulas normativas são destinadas aos contratos individuais de trabalho, que as recepcionam, enquanto as cláusulas obrigacionais vinculam as partes contratantes”. ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das Convenções Coletivas de Trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. Revista LTr, São Paulo: LTr, ano 60, n. 12, dez. 1996, pp. 1602-1605.

(34) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. cit., pp. 305-306.

do Trabalho. Afinal, do contrato individual nasce o vínculo empregatício, afigurando-se aquele a única e exclusiva fonte voluntária da relação de emprego. A capacidade produtiva da fonte primária, nada obstante, encontra limitações nas fontes imperativas, cujas normas se impõem de modo irresistível à vontade dos contraentes, incorporando-se, automaticamente, ao conteúdo da relação. Dentre as fontes imperativas, conforme a classificação de *Gomes e Gottschalk*, já apresentada anteriormente, encontram-se os instrumentos normativos — Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho.

E as cláusulas normativas destes correspondem, segundo *Magano*, “ao conceito de condições de trabalho, aptas a se tornarem parte integrante de contratos individuais, conceito esse que se reflete no artigo 611 da CLT. Tendo-o presente, pode-se dizer que constituem condições de trabalho as cláusulas concernentes à remuneração, às horas de trabalho, aos períodos de repouso etc.”.⁽³⁵⁾ As cláusulas normativas, conforme *De Luca*, “estabelecem condições de trabalho, tomada a expressão no seu sentido mais amplo. São tais cláusulas que vêm encontrando algum desenvolvimento no nosso direito, como assinalado”.⁽³⁶⁾

Russomano também é da opinião que através das cláusulas normativas, “são criadas condições de trabalho, mediante a indicação das *normas* que, com força obrigatória, devem ser respeitadas na celebração dos contratos individuais”. Acrescenta que tais cláusulas “estabelecem as normas adotadas pelas partes, como verdadeiras regras de conduta, que não disciplinam seu comportamento [referindo-se aos convenientes], mas submetem à sua determinação o contrato individual de trabalho que venha a ser celebrado por qualquer integrante das categorias alcançadas pela convenção”.⁽³⁷⁾

Segundo o renomado jurista gaúcho, “versando sobre diferentes matérias — salário, jornada de trabalho, férias, indenização por despedida etc. — as cláusulas normativas dispõem, sempre, *de modo geral e abstrato*, da mesma forma pela qual dispõem as leis e outras regras de conduta” (destacou-se). Acrescenta que “as cláusulas normativas, dispondo em caráter geral, não incidem sobre fatos, mas, sim, sobre outros atos jurídicos (contratos individuais de trabalho), que a elas se subordinam, sob pena de nulidade. As cláusulas normativas apenas chegam ao mundo fático por via indireta, ou seja, por intermédio dos contratos individuais”. Finaliza *Russomano*: “Essas cláusulas normativas constituem o traço original por excelência das convenções coletivas de trabalho”.⁽³⁸⁾

Com apoio na doutrina de *Antônio Álvares da Silva*, *Paulo Eduardo Vieira de Oliveira* sintetiza as diversas formulações dos autores, sublinhando sempre que “a parte normativa constitui o objeto central da convenção coletiva. Por ela se fixam as normas

(35) *MAGANO, Octavio Bueno*. Ob. cit., p. 166.

(36) *DE LUCA, Carlos Moreira*. Ob. cit., p. 149.

(37) *RUSSOMANO, Mozart Victor*. Ob. cit., p. 180.

(38) Ob. cit., pp. 180-181.

que vão constituir o conteúdo mínimo e prévio de todos os contratos de trabalho no seu âmbito de vigência. (...) A parte normativa regulamenta o contrato de trabalho em todos os seus aspectos. Em se tratando de relação obrigacional de trato sucessivo ou de execução continuada, percebe-se nele claramente três momentos distintos que correspondem à própria natureza da obrigação sucessiva: a sua formação, a execução e a extinção, todos constituindo a natureza unitária mais complexa do contrato de trabalho”.⁽³⁹⁾

Sobre o conteúdo normativo, *Amauri Mascaro Nascimento* diz que os autores não são unânimes. Reportando-se à classificação alemã (na opinião de *Paulo Eduardo Vieira de Oliveira* a melhor), traz a lume exposição feita por *Octavio Bueno Magano* que divide as cláusulas normativas em: “I — normas de benefício individual, que são as disciplinadoras de salários, jornadas, férias etc.; II — normas de conclusão, que dizem respeito às formalidades a serem observadas na celebração dos contratos individuais; III — normas solidárias, que são aquelas que beneficiam o trabalhador não individualmente, mas como membro da empresa, como as cláusulas de higiene e segurança etc.; IV — normas relativas à constituição interna da empresa; e V — normas sobre instituições comuns, como caixas de compensação de salários, instituições de previdência etc.”.⁽⁴⁰⁾

De muita ocorrência na prática a subdivisão das cláusulas normativas apresentada por *José Augusto Rodrigues Pinto*, “somente para efeito de sistematização do instrumento, em econômicas, que dizem respeito às *condições de trabalho diretamente relacionadas com sua retribuição* (e. g., reajuste salarial, valor de hora noturna, duração da jornada) e sociais, que representam apoio social aos empregados, influenciando *reflexivamente* sobre a retribuição (e. g., assistência média e odontológica, manutenção de creches etc.)” (negritos nossos). O grupamento em blocos distintos, segundo o autor, “dentro do conteúdo geral da *Convenção*, facilita bastante sua leitura e aplicação”.⁽⁴¹⁾

Para finalizar esta parte do estudo, cumpre-nos transcrever exemplos práticos de cláusulas normativas dados por *Amauri Mascaro Nascimento*: “salariais, como reajustes, aumentos reais, gratificações, auxílios, proteção ao pagamento, pisos, adiantamentos, acúmulo de funções, remuneração dos repousos, licenças, faltas justificadas etc.; outras são cláusulas sociais, que dispõem sobre alimentação, transporte, educação, seguro de vida, assistência médica, auxílio a filhos deficientes, natalidade, amamentação, estabilidade da gestante, do acidentado que retorna ao serviço, do menor em idade de prestação do serviço militar, pré-aposentadoria etc.”.⁽⁴²⁾

Dentro da tendência expansionista defendida por autores italianos e a que se reportou

(39) OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Ob. cit., pp. 68-69.

(40) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. cit., p. 307.

(41) PINTO, José Augusto Rodrigues. “Direito Sindical e Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, p. 218.

(42) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Ob. cit., p. 307.

De Luca, conforme salientamos no início deste trabalho, é possível concluir que as cláusulas normativas podem, extravasando os contornos das simples condições de trabalho, prever condições de transporte, questões relacionadas à ecologia e outras, desde que contemplem obrigações e/ou direitos que vincularão empregados e empregadores.

2.1.2. Cláusulas obrigacionais

As cláusulas obrigacionais, também denominadas por *Russomano* contratuais, constituem, segundo referido autor, “o *objeto secundário* da negociação, mesmo que, eventualmente, adquiram notória relevância”.⁽⁴³⁾ O rótulo — contratual — dado pelo ilustrado jurista encontra justificativa no fato de que, assim como ocorre nos contratos em geral, cláusulas dessa espécie, quando insertas nos instrumentos normativos, criam direitos e obrigações para os próprios convenientes (que, nesta situação, atuam também na condição de partes, e não apenas de sujeitos estipulantes, confundindo-se — a um só tempo — as duas figuras, conforme definição dada anteriormente).

Explicitando melhor o conceito de cláusulas obrigacionais, diz *Russomano* que “são aquelas que estabelecem as obrigações assumidas, em nome próprio, pelos sindicatos ou empresas, uns frente aos outros. Resultam de tais cláusulas compromissos diretos e concretos, (...), que vinculam, não as categorias alcançadas pelo convênio, mas sim, os próprios convenientes. Nesse sentido, as cláusulas obrigacionais em nada diferem, quanto à sua natureza jurídica, das cláusulas do contrato civil, comercial ou mesmo do contrato individual de trabalho. Por isso, podemos denominá-las *cláusulas contratuais*”.⁽⁴⁴⁾

Conquanto não discordemos que os efeitos dessa espécie de cláusula, em relação aos convenientes, sejam os de autêntico contrato do direito comum (pois, ao contrário das cláusulas normativas, criam obrigações imediatas para os “contratantes”, incidentes de forma direta sobre fatos concretos), preferimos, até para manter a uniformidade do tratamento que vem sendo dado pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, à expressão cláusulas obrigacionais. Assim, manteremos, neste estudo, a denominação clássica.

Amauri Mascaro Nascimento leciona que as cláusulas obrigacionais “criam direitos e deveres entre os sujeitos estipulantes, destacando-se as garantias para facilitar o exercício da representação sindical no estabelecimento”. Logo em seguida, respondendo a questão por ele mesmo formulada (“Que são cláusulas obrigacionais?”), diz que as mesmas “não se incorporam nos contratos individuais de trabalho, porque a eles não se referem”. Sublinhando ensinamentos de *Ojeda Avilés* (“Derecho Sindical”, 1980), observa que “a parte obrigacional compreende os direitos e obrigações das partes firmantes...”, razão por que

(43) *RUSSOMANO, Mozart Victor*. Ob. cit., p. 153.

(44) Ob. cit., p. 180.

“... não apresenta diferença das cláusulas de qualquer contrato...”⁽⁴⁵⁾

Indica o autor exemplos tomados da doutrina estrangeira de cláusulas obrigacionais: “de organização da atividade sindical na empresa, destinadas a fazer com que o sindicato possa cumprir as suas funções normais de representação; de segurança sindical, como as proibições de admissão de trabalhadores não-sindicalizados, muitas em lesão à liberdade sindical individual; que fixam o dever de informação da empresa ao sindicato dos trabalhadores; que criam órgãos como Comissões de negociação, de arbitragem, delegados sindicais, seções sindicais na empresa; que prevêm multas de cobrança de contribuições sindicais (*Monteiro Fernandes*); de alargamento da esfera de ação sindical (*Valente Simi*) e do contrato coletivo; sobre conciliação e a arbitragem; sobre o dever de paz; sobre tréguas; de introdução de novas tecnologias e seus efeitos sobre o pessoal; de retreinamento e requalificação profissional; para liberação de dirigentes sindicais do serviço; para descontos em folha de contribuições e taxas assistenciais e repasse para o sindicato; para descontos de mensalidades sindicais e repasse para o sindicato; de comunicação sindical; de trânsito de dirigentes sindicais no estabelecimento; em geral, de relações com o sindicato e comunicação ao sindicato de admissões e dispensas; de informação ao sindicato; de compromisso de distribuição de comunicados do sindicato; de composição de comissão de avaliação de responsabilidade de empregados em acidentes de trabalho; e de instituição de comissões de relações de trabalho”⁽⁴⁶⁾

De Luca constata que, “ao contrário do que acontece na Itália, entre nós não se tem assinalado o aumento de cláusulas obrigacionais nos contratos coletivos. A mais relevante, pela sua difusão, é a que estabelece a obrigação patronal de descontar a chamada contribuição assistencial dos salários de seus empregados, após a celebração do contrato coletivo, recolhendo tal importância ao sindicato da categoria profissional”⁽⁴⁷⁾ Como resolvemos adotar um *tertium genus* (cláusulas mistas), inseriremos, a seu devido tempo — não apenas estas mas também outras que encontram-se elencadas acima nos exemplos tomados da doutrina estrangeira por *Amauri Mascaro Nascimento* — no tópico específico.

Outras cláusulas de natureza obrigacional são raras, segundo *De Luca*, que lembra “a que estabelece obrigação para as empresas de contribuir para entidade criada para dar assistência médica à categoria profissional; as que criam comissões paritárias para solução de conflitos no âmbito da empresa; e as que criam representação sindical na empresa”. Referido autor subdivide, ainda, as cláusulas obrigacionais em cláusulas de influência e paz e cláusulas sindicais.

As primeiras (de influência e paz) traduzem-se na influência que deve ter o sindicato

(45) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. Ob. cit., p. 305.

(46) Ob. cit., pp. 305-306.

(47) *DE LUCA, Carlos Moreira*. Ob. cit., p. 147.

sobre a categoria representada (profissional ou econômica), para que haja observância do ajustado coletivamente, resultando também na obrigação de não promover greve durante a vigência do instrumento normativo.⁽⁴⁸⁾ Como reconhece o próprio autor, no entanto, as cláusulas de influência e paz não produzem reflexos de ordem prática no Brasil, onde, amparado na Constituição Federal — que assegura o direito de greve (artigo 9º) mas veda o cometimento de abusos (§ 2º do mesmo dispositivo) —, o legislador ordinário já declara abusiva a greve deflagrada durante a vigência de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa (a revogada Lei n. 4.330/64 assim dispunha, constando atualmente a proibição no artigo 14 da Lei n. 7.783/89).⁽⁴⁹⁾

Em razão disto, as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho não trazem, em regra, cláusulas de tal natureza, o que não implica, entretanto, como também é pacífico na doutrina, na impossibilidade de reconhecimento da sua existência implícita nos referidos instrumentos normativos, como tem sido, aliás, admitido pelos tribunais. Sobre as por ele denominadas cláusulas sindicais ou de exclusão, *De Luca* diz que são as “que estabelecem restrições aos não sindicalizados para serem admitidos ou para se conservarem no emprego (*‘closed shop’* e *‘union shop’* do direito norte-americano)”. Discutidas em doutrina, constatamos, como o autor, que as mesmas não têm aplicação na contratação coletiva, até porque afrontariam o direito de liberdade de sindicalização.⁽⁵⁰⁾

Magano também situa as cláusulas de exclusão entre as obrigacionais. Pela nova divisão por nós proposta neste trabalho, melhor se encaixam elas nas cláusulas mistas, pelas razões que discorreremos adiante. Neste momento, merece realce a abrangente — e interessante — classificação apresentada pelo autor, que divide as cláusulas obrigacionais em típicas e atípicas: “As primeiras correspondem aos deveres de paz e de influência, as últimas dizem respeito aos mecanismos de administração da convenção coletiva, como a instituição de comissão encarregada de dirimir controvérsias dela emergentes. As cláusulas atípicas podem ser instrumentais, como na hipótese acima figurada, ou não instrumentais, quando se referem não à satisfação de interesses de trabalhadores ou empregadores mas de interesses dos próprios sindicatos convenientes”.⁽⁵¹⁾

Na categoria de cláusulas atípicas, *Magano* inclui também aquelas “relativas à dura-

(48) Ou, como melhor sintetizado por *Magano*: “O dever de paz significa a renúncia a novas exigências, durante o prazo de vigência da convenção. O dever de influência quer dizer o esforço a ser desenvolvido pelo sindicato no sentido de que os seus representados se abstenham de romper o dever de paz” (*MAGANO, Octavio Bueno. Ob. cit., pp. 169-170*).

(49) As exceções encontram-se no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, não constituindo abuso do exercício do direito de greve, na vigência de instrumento normativo, a paralisação que: I — tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; e II — seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisível — insuscetível de previsão, diríamos — que modifique substancialmente a relação de trabalho (cláusula *rebus sic stantibus*).

(50) Até como fórmula de estimular a sindicalização, a própria lei assegura, em igualdade de condições, determinadas preferências para empregados e empresas sindicalizadas (artigos 544 e 546 da CLT, respectivamente). Qualquer dispositivo legal ou cláusula de exclusão, entretanto, a nosso ver, feriria de morte a liberdade sindical insculpida no artigo 8º, V, da CF. *Russomano* também é da opinião que a sindicalização imposta por via indireta, nos moldes antes mencionados, não deixa de ser uma “violência praticada contra a pessoa do trabalhador” (*RUSSOMANO, Mozart Victor. Ob. cit., pp. 67-68*).

(51) *MAGANO, Octavio Bueno. Ob. cit., p. 169*.

ção, vencimento, denúncia e renovação da convenção”.⁽⁵²⁾ Como se vê, apesar de alguma dissensão de nomenclatura nas subdivisões feitas, os autores têm opinião convergente, no geral, sobre as cláusulas obrigacionais.

2.1.3. *Cláusulas mistas*

Ainda que se apresente como inovadora — não sabemos se realmente é — a classificação deste terceiro tipo de cláusulas possíveis de serem inseridas em instrumentos jurídicos resultantes de negociação coletiva, a doutrina já a havia identificado, sem separá-la, no entanto, em espécie. Exemplifique-se com *De Luca*, para quem, “na realidade, embora as funções obrigacional e normativa dos contratos coletivos possam ser bem identificadas, muitas vezes estão elas presentes numa mesma cláusula. Assim, a que estabeleça a obrigação de ser criada comissão para a imposição de penalidade aos empregados, com participação do sindicato da categoria profissional, representa obrigação quanto a esta entidade; mas também assegura aos próprios trabalhadores o direito de só serem punidos através do procedimento previsto perante o órgão. E os exemplos poderiam se multiplicar”.⁽⁵³⁾

Na opinião do jurista mencionado, “a classificação de uma cláusula, como obrigacional ou normativa, dependerá portanto em alguns casos do critério que for usado para a classificação. Daí não resultarão diferenças para as partes, pois, embora tida por obrigacional, a cláusula gerará efeitos inderrogáveis”.⁽⁵⁴⁾ Também *José Cláudio Monteiro de Brito Filho* observa que “nem sempre será possível distinguir, com clareza, se determinada cláusula é normativa ou obrigacional, pois é possível que algumas estabeleçam, por exemplo, obrigações para os contratantes, mas findem por estendê-las às partes da convenção ou do acordo, ou vice-versa. Caso típico é o das contribuições assistencial e confederativa. Nessas hipóteses, entendemos que a distinção deverá ser feita levando em conta o objetivo da cláusula, o que permitirá indicar quais os seus destinatários”.⁽⁵⁵⁾

Com a devida vênia destes e de outros não menos insignes autores que nos precederam, ainda que cláusulas do gênero pudessem ser, pelo critério da preponderância, taxadas de obrigacionais, de obrigacionais autênticas não se tratariam, pois teriam múltiplos destinatários, vinculando não apenas os sujeitos estipulantes como as partes (aqui entendida a expressão no sentido de identificar as categorias — profissional ou econômica — ou trabalhadores representados).

A reforçar o entendimento ora expresso, apesar dos exemplos já citados trazidos por ele da doutrina estrangeira, que escapam um pouco à definição proposta, o próprio *Amauri*

(52) Ob. cit., p. 170.

(53) *DE LUCA, Carlos Moreira*. “Convenção...”. Ob. cit., p. 145.

(54) Ob. e p. cit.

(55) *BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de*. Ob. cit., p. 224.

Mascaro Nascimento, em trabalho recentemente publicado, ao discorrer sobre a função *obrigacional* da negociação coletiva, sentencia, com absoluta propriedade:

“A negociação pode servir, como serve, para criar obrigações e direitos entre os próprios sujeitos estipulantes, sem nenhum reflexo sobre as relações individuais de trabalho. Com essa finalidade, a negociação é usada para estabelecer deveres e faculdades a serem cumpridas pelas organizações pactuantes, de caráter nitidamente obrigacional, entre elas, *sem qualquer projeção fora da esfera dos sujeitos, não atingindo os empregados e empregadores do setor*” (sem destaque no original).⁽⁵⁶⁾

Mesmo que analisadas sob o prisma da projeção sobre os representados (partes), normativas puras também não seriam as cláusulas mencionadas anteriormente. Em razão disto, valemo-nos das lições de *Magano*, para rechaçar conclusões por ele mesmo extraídas: “Parece-nos que o critério mais adequado para a identificação das cláusulas obrigacionais é o de verificar se não traduzem em vantagens individual ou genericamente atribuídas aos trabalhadores, abrangidos pela convenção, limitando-se, ao contrário, a fixar direitos e obrigações, para as partes convenientes”.⁽⁵⁷⁾

Precisa a lição do mestre brasileiro. Acrescentaríamos apenas que, para excluir da categoria de obrigacionais as cláusulas, deve se verificar não apenas se elas não traduzem vantagens, mas também obrigações ou quaisquer ônus, individual ou genericamente atribuídos aos trabalhadores e empregadores abrangidos pelas respectivas categorias — ou grupo de trabalhadores e empresa(s), no caso de Acordos Coletivos — representadas. Assim, não podemos concordar com o exemplo por ele dado no sentido de que, se a cláusula “estipula que os empregadores não admitirão ao seu serviço senão trabalhadores associados aos sindicatos convenientes, tampouco estará atribuindo direitos ao trabalhador, mas restringindo, desta feita, a atividade do empregador”.⁽⁵⁸⁾

De fato, no exemplo transcrito, nenhum direito está sendo atribuído ao trabalhador. É certo que, em regra, os efeitos da convenção coletiva atingem apenas os associados do sindicato que a ajustou. À luz de tais critérios, seria admissível até — desde que se abstraísse a obrigação negativa imposta aos empregadores, que são partes e não sujeitos estipulantes — a manutenção da classificação das referidas cláusulas de exclusão (“*closed shop*” e “*union shop*”) como meramente obrigacionais, pois, do lado dos trabalhadores, somente pessoas estranhas aos convenientes seriam afetadas.

Algumas legislações admitem, entretanto, normal (Brasil) ou excepcionalmente, que se

(56) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “O Debate sobre negociação coletiva”. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 64, n. 9, set. 2000, p. 1116.

(57) MAGANO, Octavio Bueno. “Convenção Coletiva de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1972, pp. 114-115, *apud* OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. Ob. cit., p. 68.

(58) Ob. e p. citis.

estendam a todos os trabalhadores da categoria profissional na base territorial do sindicato (artigo 8º, III, da CRFB/88), as disposições contidas em contratações coletivas. Assim, como seria possível, *v. g.*, o sindicato profissional, que tem representação legal (constitucional) de associados e não associados, pactuar a exclusão dos últimos do mercado de trabalho? O que dizer então dos Acordos Coletivos, onde os não associados — a lei fala em interessados — têm até poder de voto? (artigo 612 da CLT).

A despeito, pois, de como salientado em nota (50), entendermos que referidas cláusulas não poderiam ser adotadas no Brasil, por afrontar a liberdade sindical individual, pensamos que a inserção das mesmas nesta nova modalidade proposta (cláusulas mistas) é mais adequada. Como cláusulas mistas poderíamos também considerar, dentre as mencionadas anteriormente, aqueles que estipulem obrigação de retreinamento e requalificação profissional ou liberação de dirigentes sindicais do serviço, porquanto, analisadas sob o prisma dos destinatários, não envolveriam apenas os sujeitos estipulantes, mas também as partes do instrumento jurídico negociado.

Concluindo, quaisquer cláusulas que projetem obrigações para além dos sujeitos estipulantes, seriam consideradas mistas. Como advertido desde o início, a classificação proposta necessita ser amadurecida cientificamente. Pode ser que, amanhã ou depois, concluamos pela sua inutilidade. Por ora, com as devidas escusas pelas impropriedades técnicas que certamente foram cometidas, esperamos ter dado alguma contribuição para discussão do tema.

3. ALTERAÇÕES NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

Conquanto seja de trato sucessivo (ou seja, se prolonga no tempo), o contrato de trabalho não é estático. Ao contrário: a variabilidade é característica intrínseca de toda relação de emprego. As condições de trabalho, o salário, as tarefas em execução, enfim, os ajustes de maneira em geral entre empregado e empregador, sofrem freqüentes mutações. Esse traço marcante não invalida a predileção do Direito do Trabalho pelos contratos por prazo indeterminado, não efêmeros, muito mais benéficos para os empregados.

Aliás, quanto mais duradouro o vínculo empregatício, mais dinâmico tende a ser o contrato que o regula. Entretanto, a autonomia privada individual sofre limitações, em razão do princípio da irrenunciabilidade, consagrador da “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.⁽⁵⁹⁾

(59) *PLÁ RODRIGUEZ, Américo*. “Princípios de Direito do Trabalho”. Tradução de Wagner D. Giglio, 5. t., São Paulo: LTr, 1997, p. 66.

O artigo 9º da CLT acolhe referido princípio. Ainda no plano individual, o artigo 444 da CLT diz que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos [atualmente convenções coletivas] que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. Já o artigo 468, só permite alteração nas condições ajustadas por mútuo acordo, ainda assim desde que não acarretem prejuízos ao empregado.

Observados os limites do estudo em desenvolvimento, nos ateremos na análise da autonomia (da vontade) privada coletiva, verificando as alterações possíveis por meio de Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho.

3.1. Alterações *in melius*

Como sói acontecer em outros ramos do direito, no Direito do Trabalho também deve-se observar certa hierarquização entre suas diversas fontes de produção. Nada obstante, o clássico sistema piramidal kelseniano nem sempre prevalece, em face da regra da norma mais favorável, imanente ao Princípio da Proteção, que, conforme já salientamos em trabalho anterior com apoio nas lições de *Plá Rodríguez*⁽⁶⁰⁾, “tem como preocupação central — ao contrário do que ocorre normalmente no direito comum — o estabelecimento da desigualdade jurídica, privilegiando o empregado, tido por hipossuficiente, para ‘alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes’.”⁽⁶¹⁾

Regra geral, lembra o autor uruguaio, “entre normas de hierarquia diferente, dever-se-ia considerar aplicável a de grau superior e, entre as de igual hierarquia, dever-se-ia fazer prevalecer a promulgada mais recentemente”. Entretanto, a aplicação da regra da norma mais favorável é “que torna questionável o pressuposto e que outorga ao Direito do Trabalho, sob este aspecto, caráter peculiar”. E arremata: “Não se aplicará a norma correspondente dentro de uma ordem hierárquica predeterminada, mas se aplicará, em cada caso, a norma mais favorável ao trabalhador”.⁽⁶²⁾

Por isso que *Gomes e Gottschalk*, após traçarem os critérios gerais de hierarquização no Direito do Trabalho, ressaltam ser evidente que eles envolvem “*fórmulas* muito gerais e elásticas”. Observam, *v. g.*, que a “*convenção coletiva* que se encontra no quarto grau de hierarquia, e, conseqüentemente, deve se subordinar a todas as que lhe precedem, pode conter cláusulas mais favoráveis ao empregado, visto como, em Direito do Trabalho, o caráter imperativo da norma tem um destinatário certo: o empregador. Por isso, é lícito

(60) Ob. cit., p. 28. O autor uruguaio apresenta o significado do Princípio da Proteção.

(61) OLIVA, José Roberto Dantas. “Tutela da Moral na esfera trabalhista: tendências e perspectivas”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) et al. “Grandes temas da atualidade — Dano Moral (Aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas)”. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 267.

(62) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Princípios ...”. Ob. cit., p. 54.

aos interessados, até mesmo nos contratos *individuais de trabalho* alterar *in mellius* as condições de trabalho estabelecidas nas fontes imperativas em geral”.⁽⁶³⁾

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não descurou do necessário amparo ao trabalhador, dando concretude ao princípio universal mencionado (da proteção). Sofre críticas⁽⁶⁴⁾, mas foi a que mais direitos trabalhistas contemplou. Só o artigo 7º traz 34 incisos dispondo sobre direitos de trabalhadores urbanos e rurais, além de um parágrafo, que estende aos domésticos parte das disposições ali contidas. Pautou-se a Carta brasileira pela proteção incondicional do trabalhador e, sob este prisma, justifica as designações que lhe foram emprestadas pelo falecido presidente da Assembléia Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, de “Constituição Coragem” e “Constituição Cidadã”.

Mesmo assim, fixa a Lei Maior apenas o piso, um mínimo a ser observado, não estabelecendo o teto dos direitos trabalhistas possíveis, uma vez que abre espaço para outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador (artigo 7º, I). A partir dessa abertura, já ressaltamos, “foi recepcionado todo um arcabouço de normas infraconstitucionais — cujo expoente máximo é a Consolidação das Leis do Trabalho — destinadas a regular as relações de emprego. Constituem fontes formais imperativas, limitadoras da autonomia privada (individual e coletiva), que, de acordo com a sua origem e a composição dos órgãos das quais promanam, dividem-se em fontes de produção internacional (Convenções e Recomendações Internacionais da OIT, etc.), estatal (além da CLT, legislação esparsa abundante), mista (sentenças normativas) e profissional (Acordos, Convenções Coletivas de Trabalho etc.)⁽⁶⁵⁾, inseridas, entre as últimas, até mesmo os usos e costumes.”^{(66) (67)}

Essa origem multifária (plurinormativista) faz com que o Direito do Trabalho viva em constante ebulição. Como regra, entretanto, as alterações *in mellius*, ou seja, aquelas que trazem estipulações mais benéficas para o trabalhador, são sempre permitidas, ainda que contrariem normas tidas como hierarquicamente superiores. No que toca aos instrumentos jurídicos de negociação coletiva, objetos deste estudo, o artigo 620 da CLT dispõe que “as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”. A *contrario sensu*, as estipuladas em Acordo Coletivo, se mais favoráveis, é que prevalecerão, restando consagrada assim, também pelo direito pátrio, a regra da norma mais favorável a que já nos referimos.

(63) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. “Curso ...”. Ob. cit., p. 52.

(64) Na opinião de José Pastore, por exemplo, “a Constituição de 1988, em lugar de flexibilizar e apenas estabelecer os grandes princípios no campo trabalhista, preferiu partir para o detalhe, aumentando ainda mais a rigidez e os custos indiretos já determinados pela CLT sobre a mão-de-obra. O Brasil é hoje em dia um dos países de mais baixos salários e mais altos encargos sociais (Pastore, 1993)”. PASTORE, José. “Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva”. 2º t., São Paulo: LTr, 1995, p. 206.

(65) GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. “Curso ...”. Ob. cit., pp. 33-53. Reportamo-nos à nota n. 1 deste trabalho e recomendamos, uma vez mais, a leitura da excelente classificação das Fontes do Direito do Trabalho, feita pelos autores, bem como à questão da hierarquia entre elas.

(66) O direito consuetudinário é apresentado no artigo 8º da CLT como regra de integração das lacunas da lei, mas, a nosso ver, pode ser considerado autêntica fonte de direito material.

(67) OLIVA, José Roberto Dantas. “Tutela da...”. Ob. cit., p. 267.

Não podemos, destarte, concordar com *José Cláudio Monteiro de Brito Filho* quando, fazendo análise literal (meramente gramatical) do artigo 619 da CLT, afirma que, no cotejo entre cláusulas do contrato coletivo (denominação por ele utilizada para identificar Convenção e Acordo Coletivo) e do contrato individual de trabalho, prevalecerão sempre as daquele, não importando qual seja mais benéfica. “Não se fará,” — completa o insigne jurista — “na hipótese de confronto entre cláusula de contrato coletivo e de contrato individual, então, análise a respeito de qual é a mais favorável, considerando que a disposição legal é taxativa, mandando aplicar a condição como prevista no contrato coletivo”.⁽⁶⁸⁾

Apesar do respeito pela posição do autor paraense, somos da opinião que, quando o legislador estabeleceu que “nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”, só pode estar se referindo a ajustes prejudiciais ao empregado pertencente à categoria profissional representada num dos instrumentos normativos. Caso contrário, estar-se-ia deitando por terra toda uma tradição jurídica, em afronta ao princípio da autonomia privada individual, sem qualquer justificativa aparente, pois o empregador com melhores condições econômicas, pode, indubitavelmente, oferecer melhores condições de trabalho.

Este também é o pensamento, dentre outros, de *João Régis Teixeira Júnior*, para quem “as convenções coletivas de trabalho se sobrepõem aos contratos individuais, como normas mínimas a serem observadas”. Entretanto, acrescenta o ínclito autor, “em já existindo normas mais favoráveis ao empregado, no contrato individual de trabalho, elas prevalecem sobre as cláusulas normativas, diante do princípio da aplicação da norma mais favorável”. Finaliza: “E longe de parecer contradição, a assertiva acima não traz nenhuma incompatibilidade diante da afirmação de que as cláusulas normativas podem atuar *in pejus*, uma vez que fazendo-o podem determinar benefícios inferiores aos legais, ou mesmo com relação às cláusulas anteriormente existentes, mas sempre na esfera do direito coletivo do trabalho, não interferindo na liberdade contratual das partes, no campo do direito individual, que são — indiscutivelmente — coisas distintas”.⁽⁶⁹⁾

Limitação que o próprio legislador impõe à negociação coletiva, agora sim de forma justificada (mas que também tem caráter excepcional), em face do interesse público, é aquela contida no artigo 623 da CLT, segundo a qual “será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou normas disciplinadoras da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas,

(68) BRITO FILHO, *José Cláudio Monteiro*. “Direito Sindical ...”. Ob. cit., p. 234.

(69) TEIXEIRA JÚNIOR, *João Régis*. “Convenção Coletiva de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1994, p. 50.

inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços”.

Tal norma é de pouca ou nenhuma incidência em períodos de estabilidade econômica, como o que hoje atravessamos. Excetuada a hipótese, em se tratando do estabelecimento de condições que beneficiem o trabalhador, não apenas instrumentos resultantes de negociação coletiva podem derrogar a lei, mas até mesmo o contrato individual de trabalho.

Assim, para concluir, as alterações *in mellius*, tanto no plano individual como coletivo, são, em regra, sempre permitidas, derrogando aquelas (inclusive contidas na lei) que com elas conflitam.

3.2. Alterações *in pejus*

Como já salientado em linhas pretéritas, no plano individual é vedada qualquer alteração do contrato de trabalho que modifique, para pior, as condições anteriormente existentes. Não obstante, muito se tem discutido sobre a possibilidade de alterações *in pejus* das condições de trabalho por meio da negociação coletiva. Em relação a direitos conferidos pela mesma via, pouca divergência há: assim como os criou, a Convenção ou o Acordo Coletivo de Trabalho podem reduzi-los ou suprimi-los.

E a redução ou supressão, frise-se, a despeito da respeitabilidade de posições contrárias, não precisam ser expressas, podendo ocorrer de forma tácita. Como os pactos coletivos têm, necessariamente, prazo de vigência estipulado de no máximo dois anos (artigo 614, § 3º, da CLT), expirado referido prazo, cessarão também, automaticamente, os direitos naqueles previstos, a não ser que renovados por novos convênios.

A respeito de sentença normativa, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou a questão no Enunciado 277: “Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. Por analogia, é possível estender o entendimento às hipóteses de Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho, até porque razão não haveria para tratamento diferenciado, conclusão a que chegou também o professor *Renato Rua de Almeida*, em trabalho científico onde pontificou:

“Em conclusão, pode-se afirmar que as cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho, destinadas a todos os contratos individuais de trabalho, no âmbito das categorias representadas pelas partes convenientes, não se incorporam definitivamente, em princípio, nesses contratos individuais de trabalho, salvo aquelas que prevejam vantagens individualmente adquiridas pelos empregados, como no direito francês”.⁽⁷⁰⁾

(70) ALMEIDA, Renato Rua de. “Das cláusulas ...”. Ob. cit., p. 1605.

Com a revogação definitiva⁽⁷¹⁾ dos parágrafos 1º e 2º da Lei n. 8.542/92 pelo artigo 18 da Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001 (que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências), perdeu força a tese da incorporação de vantagens conferidas por cláusulas normativas aos contratos individuais do trabalho. É que o revogado parágrafo 1º previa: “as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”.

Como se vê, era uma integração relativa (e de extensão discutível, pois, como lembra o professor *Renato Rua de Almeida*, no artigo já citado, referida lei tratava de questões salariais), condicionada à ausência de instrumento normativo sucessivo que trouxesse previsão de redução ou supressão da vantagem conferida anteriormente. Agora, subtraída tal condição do ordenamento jurídico, a revogação se opera de pleno direito, com a expiração do prazo de vigência da norma coletiva. O que, em última análise, acaba traduzindo vantagem para os empregados, pois a simples possibilidade de incorporação atuava como fator de desestímulo na negociação coletiva, fazendo com que os empregadores relutassem em conceder direitos além daqueles previstos na lei.

Eis, a propósito, a advertência de *Mascaro Nascimento* a respeito:

“A teoria da incorporação parece, em princípio, favorecer o trabalhador, mas acaba produzindo um efeito negativo, o desestímulo à negociação na medida em que nenhum será o interesse do empregador em conceder algo que será pétreo o que, certamente, não o entusiasmará a assumir obrigações maiores do que as previstas em lei ou integradoras das lacunas da legislação, o que inviabiliza a negociação coletiva como instrumento de melhoria das condições de vida dos assalariados”.⁽⁷²⁾

No plano coletivo, pois, o princípio da irrenunciabilidade, mencionado anteriormente, não se aplica. Ultratividade das cláusulas só haverá se nelas mesmas houver previsão para que o direito se incorpore ao contrato individual de trabalho — e nada impede que isto ocorra — ou no caso de implementação das condições para aquisição do benefício enquanto vigente a norma, como se dará, por exemplo, quando o instrumento coletivo preveja estabilidade (v. g., até a aposentadoria) em casos de acidente do trabalho, e este se verifique durante o lapso temporal de vigência da norma, questão que, hoje, encontra-se inclusive pacificada pela Orientação Jurisprudencial n. 41⁽⁷³⁾ da Seção de Dissídios Individuais I do

(71) Os dispositivos já haviam sido revogados anteriormente por Medidas Provisórias, sendo que a última, a MP n. 2.074-73, de 2001, foi convertida na lei em questão.

(72) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. “O debate sobre ...”. Ob. cit., p. 1113.

(73) SDI-I n. 41 do C. TST: “Estabilidade. Instrumento normativo. Vigência. Eficácia. Preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste”. É exemplo do que, conforme *Renato Rua de Almeida*, no direito francês convencionou-se chamar *vantagem individual adquirida*, exceção consagrada pela *Lei Auroux*, de 12 de novembro de 1982 (Código do Trabalho, artigo L. 132-8, alínea 6).

Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Problema maior existe quando, por negociação coletiva, busca-se a redução de direitos assegurados no contrato individual de trabalho ou na lei. À luz do ordenamento jurídico vigente, conforme lição do eminente magistrado e professor *Pedro Paulo Teixeira Manus*, “a lei não pode dispor de forma menos benéfica do que determina a norma constitucional, do mesmo modo que a sentença normativa e a convenção coletiva não podem dispor de forma menos favorável do que dispõe a lei. O regulamento de empresa não pode dispor de forma menos benéfica do que estabelece o acordo coletivo de trabalho. Por fim, o contrato individual de trabalho igualmente não pode ser menos favorável do que o mínimo estabelecido na norma coletiva”.⁽⁷⁴⁾

Com efeito, no que respeita à negociação coletiva, embora a Constituição Federal de 1988 arrole, em seu artigo 7º, XXVI, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” como um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estabelecendo, no artigo seguinte (8º), inciso III, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria...”, bem como (inciso VI) que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, tal não importa na conclusão de que, havendo participação do sindicato e preenchidas as demais formalidades previstas na lei infraconstitucional, tudo seria possível estipular por meio de Convenção ou Acordo Coletivo, mesmo em prejuízo do trabalhador.

O legislador constituinte não deu carta branca aos sindicatos. Ao contrário, estabeleceu limites claros à autonomia privada coletiva. Onde quis dar permissão para alterações *in pejus*, inclusive contra (derrogando) o próprio texto constitucional e somente pela via da negociação coletiva, o fez — a nosso sentir — de forma expressa, em três hipóteses específicas, todas previstas no artigo 7º, nos incisos VI, XIII e XIV, que passam a ser transcritos e analisados:

VI — irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

.....

XIII — duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV — jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

(74) *MANUS, Pedro Paulo Teixeira*. “Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho”. São Paulo: Atlas, 2001, p. 74.

3.2.1. Redução salarial por convenção ou acordo coletivos

Quanto ao primeiro inciso, assegura, como regra geral, a irredutibilidade do salário, mas permite a redução por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. O vocábulo salário deve ser entendido na sua forma mais ampla, abarcando todo tipo de contraprestação habitual pelo trabalho (prêmios, gratificações, adicionais etc.) e não apenas salário básico. Não é possível, porém, como querem alguns, dar interpretação extensiva ao texto para abranger outras modalidades de direito, uma vez que, como norma que prevê excepcionalidade, o inciso VI deve sofrer interpretação restritiva.

Assim, não nos parece juridicamente sustentável a tese de que, sendo o salário a principal contraprestação resultante do contrato de trabalho para o empregado, e podendo o mesmo ser reduzido por negociação coletiva, tudo o mais poderia, amparando-se os adeptos de tal corrente na máxima de que “quem pode o mais, pode o menos”.

Seria generalizar aquilo que foi concebido para ser exceção. É de se notar que o artigo 7º, como já dissemos, contém 34 incisos prevendo direitos de trabalhadores urbanos e rurais, e só nas três hipóteses mencionadas tornou possível a flexibilização. Além disto, no *caput*, há referência a outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador. Ora, se fosse intenção do legislador possibilitar a redução (ou até supressão) de todos os direitos ali elencados, por negociação coletiva, traria, no mesmo *caput*, previsão para tal, e não somente nos três dispositivos acima transcritos. Assim, interpretação teleológica do texto maior conduz, inexoravelmente, à segura conclusão de que a flexibilização dos direitos previstos na Carta restringe-se aos casos nela mesmo exaustivamente tratados, sem possibilidade de expansão.

A partir daí, é possível concluir que o artigo 503 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal, pois permitia a redução geral de salários em casos de força maior ou prejuízos devidamente comprovados. Agora, ainda que pelas mesmas razões, redução só mesmo por negociação coletiva. Referido dispositivo, aliás, conforme observou *Carrion*⁽⁷⁵⁾, de saudosa memória, já havia sido tacitamente revogado pela Lei n. 4.923/65, que em seu artigo 2º, previu que somente “mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho”, poderia o empregador reduzir a jornada ou o número de dias do trabalho do empregado, com conseqüente redução salarial, por até três meses (prorrogável nas mesmas condições) e desde que não excedente de 25% do salário contratual.

Hoje, exceto no caso de reversão ao cargo efetivo por empregado exercente de função de confiança (parágrafo único do artigo 468 da CLT), que implica na perda da gratificação

(75) CARRION, *Valentin*. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho” (atualizada e ampliada por CARRION, Eduardo). 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 322 (*in* nota 4 ao art. 468).

correspondente⁽⁷⁶⁾ por não ser, legalmente, considerada alteração unilateral ilícita, qualquer outra redução de salário, independentemente dos motivos que a ensejem, só pode ser realizada por Convenção ou Acordo Coletivos de Trabalho. Registre-se que, assim como *Mascaro Nascimento*, somos da opinião de que “o acordo coletivo tem efeito derogatório salarial sobre a convenção coletiva de trabalho”.⁽⁷⁷⁾

3.2.2. *Compensação de horários e redução da jornada*

A faculdade para compensar horários (hoje com módulo anual, consoante previsão contida no artigo 59, § 2º, da CLT, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.08.2001) ou reduzir a jornada por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme inciso XIII do artigo 7º, é outra forma de flexibilização autorizada pela Constituição Federal. A nosso sentir, e na esteira do já sustentado anteriormente, tanto a compensação como a redução de jornada só seriam possíveis por meio da negociação coletiva, pois quando o legislador constituinte utilizou a locução “acordo ou convenção coletiva” estava se referindo, na verdade, a acordo também coletivo, e não individual.

E isto pode ser inferido também pelo fato de, pela mesma via, ter autorizado não apenas a compensação de horários como a redução de jornada. Obviamente não se cuida, na hipótese, de redução de jornada sem a correspondente redução salarial, o que seria favorável ao empregado. E redução salarial, como exposto linhas atrás, só por negociação coletiva. Entretanto, o C. Tribunal Superior do Trabalho, no E-RR 194186/95.4, em acórdão cujo relator foi o Eminentíssimo Ministro Milton Moura França, apesar de alentada e sólida fundamentação em sentido idêntico ao ora defendido, acabou por concluir contrariamente, pelas razões que expôs:

“Registre-se, no entanto, que o Pleno do TST, com base em uma interpretação sistemática, comparando o inciso XIII com o inciso VI, do artigo 7º da Constituição Federal, concluiu que se o constituinte utilizou a expressão ‘acordo ou convenção coletiva’ para o regime de compensação e ‘negociação coletiva’ quando tratou da irredutibilidade do salário, por certo que sinalizou com a validade do acordo individual, para legitimar e produzir eficácia o regime de compensação de horário, salvo se houver norma coletiva em contrário”.⁽⁷⁸⁾

(76) Ainda assim, não é possível ignorar o entendimento expresso na Orientação Jurisprudencial n. 45 da SDI-I do C. TST: “Gratificação de função percebida por 10 ou mais anos. Afastamento do cargo de confiança sem justo motivo. Estabilidade financeira. Manutenção do pagamento.” No mesmo sentido: “O cargo em comissão, exercido por longos anos, gera estabilidade econômica, que reflete na vida do obreiro, sobretudo se esta condição perdurar por mais de 10 (dez) anos. Não pode o empregador, amparado pelo art. 468 da CLT, suprimir tal gratificação inerente àquele cargo, pois os longos anos no exercício da função comissionada asseguram ao empregado, que reverteu ao cargo efetivo, o direito à percepção da mencionada gratificação, como se naquela função estivesse (TST, RR 141.835/94.7, Ac. 4ª T. 8462/96)”, *apud CARRION*, Ob., not. e p. cits.

(77) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. “Compêndio...”. Ob. cit., p. 334.

(78) A excelente fundamentação do Ministro, que acabou curvando-se ao entendimento do Pleno do TST, pode ser conferida no *site* do TST. BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2002.

Referido acórdão resultou na Orientação Jurisprudencial n. 182 da Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I) do C. Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*: “Compensação de jornada. Acordo individual. Validade. É válido o acordo individual para compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário”. Posteriormente, explicitou o TST, também em Orientação Jurisprudencial, não ser possível o reconhecimento de acordo tácito, vedado, por sinal, pelo artigo 59 da CLT, que exige acordo escrito. Eis a dicção da OJ n. 223 da SDI-I do C. TST: “Compensação de jornada. Acordo individual tácito. Inválido.” Tende a prevalecer, pois, o entendimento de que, se firmado por escrito, ainda que individual, é válido o acordo de compensação de horários.

3.2.3. *Alteração da jornada em turnos de revezamento*

Por fim, a última hipótese de flexibilização prevista na Lei Maior é a que permite a alteração, por negociação coletiva, da jornada máxima de seis horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. A expressão “negociação coletiva” utilizada pelo legislador constituinte levou respeitável corrente jurisprudencial a entender que só seria possível a ampliação da jornada de labor em condições tais com a concessão de outros benefícios.

Analisando casos concretos, *Pedro Paulo Teixeira Manus*, citando Acordo Coletivo de Trabalho celebrado entre a Companhia Antartica Paulista — IBBC — e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Cerveja, Vinhos, Águas Minerais e Bebidas em Geral da Grande São Paulo, que em sua cláusula primeira previa jornada diária de 7h20 (sete horas e vinte minutos) para todos os empregados, quer trabalhassem ou não em turnos de revezamento, considerou que referida cláusula não poderia ser acolhida por “negar o direito constitucionalmente assegurado de jornada reduzida, sem que algo seja concedido em troca”.⁽⁷⁹⁾

Traz à colação o mesmo autor, outro exemplo em que a Autolatina — Comércio, Negócio e Participações Ltda., representando a Volkswagen do Brasil S/A. e a Ford Brasil S/A., firmou Acordo Coletivo de Trabalho com o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Bernardo do Campo e Diadema, com vigência a partir de junho de 1989. Na cláusula 2, houve disposição aplicável aos empregados que cumpriam jornadas de turnos ininterruptos de revezamento, sujeitos ao regime de trabalho “6 x 2”, ou seja, seis dias de trabalho e dois de repouso. Pela norma coletiva, a jornada foi fixada em oito horas diárias de serviço efetivo, mas a escala de revezamento passou a ser de “6 x 3” na primeira e segunda semanas e “6 x 4” na terceira, retornando depois o empregado ao início da escala, que se repetiria.

(79) *MANUS, Pedro Paulo Teixeira*. “Negociação Coletiva...”. Ob. cit., p. 127.

Com isto, entendeu o insigne jurista que, “diferentemente do acordo anterior, que nada estabelece em troca, no presente acordo coletivo os empregados, para compensar o acréscimo de duas horas diárias, passam a ter folgas semanais em regime para eles mais vantajoso”, pois “a partir do aumento da jornada, passam a trabalhar seis dias, seguindo-se três dias de descanso, por dois períodos consecutivos. No período subsequente, trabalham seis dias e gozam quatro dias de folga, retornando, a seguir, ao regime de seis dias de trabalho por três de descanso”.⁽⁸⁰⁾ O raciocínio, de todo lógico, é irrepreensível.

Nada obstante, sempre com a devida vênia, parece-nos não haver tal exigência no texto constitucional, mormente se interpretarmos — como fez o TST — a locução “negociação coletiva” como simples sinônimo de Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho. É de se presumir que, se aprovaram, em Assembléia (ou seja, por meio de negociação coletiva), a ampliação da jornada, motivos existiram, que podem, inclusive, estar implícitos. O fato da empresa atravessar dificuldades financeiras, por exemplo, pode fazer com que, em vez de redução salarial nominal, tenham os empregados a jornada (que era reduzida) dos turnos de revezamento ampliada, restando assegurado aos obreiros o próprio emprego, bem como a manutenção do poder de compra dos salários.

Assim, havendo expressa autorização constitucional para alteração da jornada reduzida nos casos de turnos ininterruptos de revezamento, por negociação coletiva, sem que qualquer outro requisito tenha sido imposto pela Lei Maior, observada aquela (negociação), não se cogita de averiguar as causas que a motivaram nem se algo foi oferecido em troca, porquanto estará respeitado o preceito constitucional. É de se supor que, se os trabalhadores autorizaram o sindicato a celebrar o instrumento normativo, é porque havia motivos para tal.

4. MEIOS DE AFERIÇÃO QUALITATIVA DAS ALTERAÇÕES

Adotados critérios tradicionais de hierarquia, a Convenção Coletiva de Trabalho, por mais abrangente, prevaleceria quando colidisse com Acordo Coletivo de Trabalho, este mais específico. Nem sempre é assim, porém, como já dito anteriormente, em face da prevalência da norma mais favorável, consagrada — no plano infraconstitucional — no artigo 620 da CLT, que determina que “as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo” (exceção feita à questão salarial, em razão do artigo 7º, VI, da CF/88, como também já explicitado).

Entretanto, deparar-se-á inevitavelmente o intérprete, também, com dificuldades até mesmo para definir o que seria mais favorável ao trabalhador, uma vez que normas existem

(80) *MANUS*, Pedro Paulo. “Negociação Coletiva...”. Ob. cit., pp. 128-129.

que contêm disposições favoráveis e prejudiciais. Daí surgem duas correntes principais quanto aos meios de aferição qualitativa das alterações: a que adota a teoria do conglobamento e a que prega a teoria da acumulação (ou atomização), sobre as quais teceremos alguns comentários.

4.1. Teoria do conglobamento

O jurista uruguaio *Plá Rodríguez* trabalhou bem o conceito das teorias do conglobamento e da acumulação. Segundo ele, a posição que “sustenta que as normas devem ser comparadas em seu conjunto é a doutrina que foi chamada da incindibilidade ou, utilizando uma palavra italiana, do *conglobamento*. Quer dizer, da consideração global ou do conjunto. *Deveali* o chama de critério orgânico, porque considera o caráter unitário de cada regime, estabelece a comparação entre os dois regimes em seu conjunto e exclui a possibilidade de aplicar simultaneamente disposições de um regime e de outro, prescindindo do respectivo caráter unitário”.⁽⁸¹⁾

Na doutrina internacional, a maioria dos autores (*Ludovico Barassi, Paolo Greco, Eugenio Pérez Botija, Bayón Chacón, Mario Deveali*, entre outros) optou pela teoria do conglobamento. Entre nós, *José Cláudio Monteiro de Brito Filho* acredita que mais correta seria a teoria do conglobamento, “pois é no conjunto do ajuste que se verifica qual a situação mais favorável para o trabalhador, pois é no perde-ganha, no concede-conquista do jogo da negociação que se chega ao seu resultado final, não podendo ser feito o isolamento de cada norma, de cada cláusula...”, mas acaba optando pela teoria da acumulação, em face da dicção do artigo 620 da CLT. Citando *Mascaro*, para quem não há “uma solução segura e incontestável” (“Direito Sindical”. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 352), o autor admite que “cada intérprete siga a direção que mais lhe pareça conveniente”.⁽⁸²⁾

A jurisprudência, escassa, mostra-se, por vezes, vacilante. Eis exemplos de julgados favoráveis à teoria do conglobamento:

“*Acordo Coletivo de Trabalho — Horas In Itinere — Validade —* 1. Válido acordo coletivo de trabalho que contempla redução de jornada de labor semanal como compensação pelas horas *in itinere*, ainda que a redução de jornada alcance todos os empregados da empresa, inclusive os que não prestam horas *in itinere*. A aparente inexistência de benefício aos empregados submetidos a frentes de trabalho e que prestam horas *in itinere* não pode ser considerada isoladamente. 2. Prevalece na exegese de acordo coletivo de trabalho o princípio do conglobamento, por foça do qual não se interpretam as suas cláusulas de forma atomista e insulada, mas em

(81) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Princípios...”. Ob. cit., p. 58.

(82) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. “Direito...”. Ob. cit., pp. 238-239.

seu conjunto. Firmado pelo sindicato da categoria profissional, é de presumir-se que haja vantagem global e geral para a categoria, o que não se apura da consideração particular de uma única norma coletiva. Convicção que se robustece se se tiver presente que a Constituição da República não apenas atribuiu ao sindicato a ‘defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria’ (art. 8º, III), como também permitiu expressamente a flexibilização da jornada de labor (art. 7º, inc. XIII). Recurso provido’ (TST, RR 389919, 1ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 02.03.2001, p. 500).⁽⁸³⁾

No mesmo sentido:

“... *Acordo coletivo — Fixação de direitos por intermédio de norma coletiva — Validade* — Em virtude da aplicação do princípio do conglobamento, segundo o qual podem ser pactuadas em convenções e acordos coletivos de trabalho cláusulas aparentemente desfavoráveis aos trabalhadores, ao lado de outras que estipulem benefícios protegidos pelas normas positivas, sem que o resultado global da avença coletiva seja considerado necessariamente prejudicial, afasta-se a ocorrência de qualquer nulidade. Ademais, o inciso XXVI do art. 7º da CF impõe o endereçamento de maior prestígio às convenções coletivas de trabalho’ (TRT 15ª R., Proc. 20767/00, Ac. 10789/01, 2ª T., Rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, DOESP 02.04.2001, p. 16)”.⁽⁸⁴⁾

4.2. Teoria da acumulação (ou atomização)

De conformidade ainda com *Plá Rodriguez*, “a que sustenta que podem ser extraídas de cada norma as disposições mais favoráveis é a chamada teoria da acumulação. Somam-se as vantagens extraídas de diferentes normas, ainda que sejam de origem diversa. É o que *Deveali* chama de teoria *atomista*, porque não toma o todo como um conjunto, mas a cada uma de suas partes como coisas separáveis”. Faz referência o jurista *Ferruccio Pergolesi*, *Rafael Caldera* e *Giuliano Mazzoni* como autores que parecem inclinar-se pela teoria da acumulação. Entre os doutrinadores brasileiros já citados, *José Cláudio Monteiro de Brito Filho* foi o que acabou convencendo-se ser esta a corrente que se adapta ao ordenamento jurídico pátrio, mormente em face da dicção do artigo 620.

No que respeita à jurisprudência, referida teoria encontra também adeptos:

“*Norma coletiva — (Em geral) Efeitos* — ‘O artigo 620, da CLT, ao determinar a prevalência da cláusula mais benéfica no confronto de duas normas coletivas, trata

(83) Juris Sintese Millennium. Porto Alegre-RS: Sintese, mai./jun. 2001, n. 29 — CD-ROM.

(84) Juris Sintese Millennium. Ob. cit.

do exame de cada direito concedido isoladamente considerado. A teoria do conglomeramento é obstada pelo art. 620 da CLT, pelo fato de ser ilegal a complexividade no direito trabalhista brasileiro, e pela impossibilidade de se ter um critério objetivo de avaliação global das cláusulas”. (*TRT 2ª R., Ac. 02930040232, 5ª T., Rel. Juiz Rubens Tavares Aidar, DOESP 15.03.1993*).⁽⁸⁵⁾

4.3. Solução intermediária: análise de instituto por instituto

Alinhamo-nos com aqueles que preferem uma solução intermediária. *Deveali*, por exemplo, novamente citado por *Plá Rodriguez*, “com base no art. 6º da Lei argentina n. 14.250, entende que se deve considerar o conjunto das cláusulas referentes a cada instituição de Direito do Trabalho. É possível, pois, tomar disposições de normas distintas, sempre que se refiram a temas diferentes, entendendo-se por temas um dos institutos do Direito do Trabalho”.⁽⁸⁶⁾

O próprio *Plá Rodriguez* descarta posições extremas, por seu radicalismo e suas dificuldades de aplicação, afirmando parecer “mais racional e lógico estabelecer a comparação entre os institutos, que pressupõem necessariamente uma unidade conceitual e orgânica”.⁽⁸⁷⁾ E conclui: “Parece ser esta a posição mais razoável: o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior. Mas não se pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito”.⁽⁸⁸⁾

As posições da doutrina brasileira, conforme *De Luca*, “variam, não se podendo indicar claramente predomínio de qualquer das correntes”. Para referido autor, a comparação deve ser feita “por instituto, em princípio”, ressaltando, porém, que “não fica dispensado o exame da situação concreta, pois pode dar-se que a concessão de maiores vantagens em relação a um instituto se faça para obter compensação em relação a outro (v. g., aumento salarial negociado para obter a prestação de trabalho extraordinário em certas épocas do ano). Verificada tal situação, a comparação deverá se fazer globalmente”.⁽⁸⁹⁾

Octavio Bueno Magano questiona, para responder em seguida: “No cotejo entre convenção e acordo surge a questão de saber qual o critério comparativo: cláusula por cláusula? A totalidade das condições de trabalho pactuadas? Ou os institutos jurídicos previstos em cada um dos dois textos? Parece-nos que a solução mais eqüitativa é a última”.⁽⁹⁰⁾

Mozart Victor Russomano defende que, “sempre que for possível — dentro da medida

(85) Ob. cit.

(86) *PLÁ RODRIGUEZ, Américo*. “Princípios...”. Ob. cit., p. 59.

(87) Ob. cit., p. 59.

(88) Ob. cit., p. 60.

(89) *DE LUCA, Carlos Moreira*. “Convenção ...”. Ob. cit., p. 154.

(90) *MAGANO, Octavio Bueno*. “Manual...”. Ob. cit., p. 160.

que nos seja dada pelos fatos e pelas relações entre as partes — poder-se-á optar pela aplicação global de determinada convenção ou pela acumulação de cláusulas mais favoráveis oriundas de convenções diversas, segundo, ante o caso concreto, este ou aquele critério seja, por sua vez, o mais favorável ao trabalhador”. Completa: “Em última análise, é a favor do trabalhador que o Estado admitiu a negociação coletiva e, dentro das realidades trabalhistas, a progressiva ascensão do seu *standard* de vida constitui a mola principal que põe em movimento o vasto e complexo mecanismo do Direito do Trabalho”.⁽⁹¹⁾

Apesar do respeito que são merecedores o autor referido e o raciocínio por ele desenvolvido, somos da opinião que o câmbio proposto, consagrador de subjetivismo excessivo, não pode prevalecer. A adoção da análise instituto por instituto, além de traduzir critério objetivo, é a que se nos afigura a mais correta, podendo aplicar-se, inclusive, em caso de colisão entre leis. Exemplifique-se com a questão das férias, a partir da ratificação da Convenção n. 132 pelo Brasil (devendo ser adotadas, a nosso ver, a CF e a CLT que, no que pertine ao instituto, são mais favoráveis que o diploma internacional). Tal posição evita, inclusive, a fragmentação exagerada de textos normativos.

Para ilustrar a dissensão jurisprudencial reinante, válida se afigura a transcrição de posição adotada pelo Ministro *João Oreste Dalazen*, enquanto ainda juiz do E. Tribunal Regional da 9ª Região, que afina-se com a que ora esposamos e é contrária àquela por ele atualmente adotada no TST:

“Convenção coletiva — Acordo coletivo — Norma mais favorável — A convenção coletiva de trabalho sobrepõe ao acordo coletivo, se mais vantajosa ao empregado (CLT, art. 620), mediante confronto instituto por instituto e não pelo critério do conglobamento (TRT 9ª R., RO 5.702/94, 3ª T., Ac. 8.943/95, Rel. Juiz João Oreste Dalazen, DJPR 28.04.1995)”.⁽⁹²⁾

5. A PROPOSTA DE PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Até esta data, como já vimos, a não ser nos casos em que haja permissão expressa de derrogação, vige a supremacia da lei. A autonomia privada não pode sobrepor-se à vontade estatal. Mesmo nas hipóteses tratadas, só há preponderância daquela sobre a última quando por esta autorizado. Todavia, não é de hoje que se cogita a ampliação da flexibilização da legislação trabalhista, como reconhece *Otávio Pinto e Silva*, segundo o qual “é possível afirmar que a Constituição e a lei, no Brasil, sempre tiveram um papel de garantia das mínimas condições de trabalho. No entanto, essa função vem sendo abrandada, de forma

(91) *RUSSOMANO, Mozart Victor*. “Princípios...”. Ob. cit., p. 205.

(92) *Juris Síntese Millennium*. Ob. cit.

a permitir que a contratação coletiva altere alguns dispositivos, de maneira a fazer com que as fontes estatais somente prevaleçam em relação aos aspectos de ordem pública, por elas regulados”.⁽⁹³⁾

O que era intenção ganhou corpo com o Projeto de Lei n. 5.483/01, de iniciativa do Executivo, enviado ao Congresso Nacional sob regime de urgência constitucional no final de outubro de 2001, que prevê a alteração do artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, inicialmente nos seguintes termos:

“Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.” (NR)

O texto aprovado pela Câmara dos Deputados, em 4 de dezembro daquele ano, e que agora será submetido ao Senado Federal, foi um pouco mais restritivo, denotando especial — e particular — atenção com o aspecto da arrecadação de tributos e contribuições, de forma a evitar a perda de receita pela União:

“Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

Parágrafo único. A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis ns. 6.321, de 14 de abril de 1976, e n. 7.418, de 16 de dezembro de 1985, a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho.” (NR)⁽⁹⁴⁾

Pela nova redação, a lei teria caráter dispositivo supletivo, perdendo sua característica de imperatividade, pois só na ausência de disposições específicas em instrumentos normativos — que passariam a ter supremacia — atuaría. Pode até parecer tímida a proposta para quem, como o Ministro do Trabalho, *Francisco Dornelles*, que a encaminhou, tinha por desiderato — representando a vontade do Governo — a prevalência do negociado inclusive sobre a Lei Maior. Contudo, mesmo aqueles que buscam minimizar os efeitos da pretendida alteração legislativa, por certo não hesitariam em afiançar que, ainda depois da ampliação das restrições pela Câmara, a proposta traz embutidas mudanças radicais, abalando as estruturas da hierarquização das normas positivadas.

(93) SILVA, Otávio Pinto e. “A contratação coletiva como fonte do Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998, pp. 51-52.

(94) A Lei n. 6.321/76 dispõe sobre dedução, do lucro tributável, para fins do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, do dobro das despesas realizadas em Programas de Alimentação do Trabalhador. Já a Lei n. 7.418/85 instituiu o vale-transporte.

5.1. A inconstitucionalidade da alteração

Mobilização ímpar, de parte a parte (adeptos e contrários ao Projeto de Lei), deve ser vista durante a tramitação da matéria no Senado. O governo, apostando suas fichas como se a flexibilização generalizada fosse a solução para a crise de desemprego e de informalidade que afetam o mercado de trabalho brasileiro (e já se sabe que não é, com base em exemplos externos!), não medirá esforços para ver, com o apoio manifesto da Força Sindical, o projeto aprovado. Tem se valido o Planalto até de sindicalistas como garotos-propaganda, para apregoar que, aprovada a alteração, será possível, por exemplo, fazer com que a participação nos lucros seja instituída mensalmente.

A publicidade oficial tem contornos de tragicomédia: se este era o interesse do governo, qual a razão da recentíssima Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, originada de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República? Referida lei dispôs que a participação nos lucros ou resultados não deve ter periodicidade inferior a um semestre civil, vedando qualquer antecipação ou distribuição de valores a esse título por mais de duas vezes no mesmo ano civil (§ 2º do artigo 3º). E por razões que reputamos óbvias: impedir que o salário seja mascarado sob o rótulo de participação nos lucros, como forma de burla a direitos trabalhistas e, principalmente (sob a ótica de quem busca priorizar receita), evitar a supressão de contribuições do FGTS e previdenciárias.

Isto se depreende do próprio *caput* do artigo 3º do diploma legal, que explicita que “a participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado...”, uma vez que não “constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade”. Abre-se brecha, pois, para atentar-se não apenas contra os interesses dos trabalhadores, mas da própria Previdência Social, caso futuramente não se entenda — em interpretação ampliativa descabida, a nosso ver — que a adoção do modelo propagandeado colidiria com leis previdenciárias, o que, à luz do texto aprovado na Câmara, obstaría a negociação coletiva.

Mas este é apenas um dos exemplos de uma visão distorcida da realidade, patrocinada, às vezes, por quem tem o dever de esclarecer adequadamente a população. Pelo lado dos opositores ao projeto de flexibilização em tramitação, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (ABRAT), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), que já realizaram, em 20 de novembro de 2001, na Câmara dos Deputados, o ato público “Direitos garantidos por Lei — Pela rejeição ao PL 5.483/01”, prometem voltar à carga no Senado.

Sob o prisma essencialmente técnico, é possível afirmar que a modificação em trâmite

é inconstitucional. Embora tenhamos rechaçado a idéia de início, até como forma de escapar à sedução de intérpretes mais apaixonados (que, movidos pelo desejo — em certa medida salutar — de defesa incondicional do trabalhador, vislumbram inconstitucionalidades até onde elas não existem), análise sistemático-teleológica cautelosa da Constituição Federal permite concluir que o PL 5.483/01 não se conforma mesmo com as disposições do texto maior. A começar dos princípios nela consagrados.

5.1.1. A proteção é imanente ao princípio da isonomia

Já em seu preâmbulo, onde expressa os valores que moveram os constituintes, a Carta de 1988 confere supremacia, dentre outros, aos direitos sociais e individuais (entre os quais se insere os direitos dos trabalhadores), bem como à igualdade e à justiça, situando-os como pilares de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos ...”. Erigiu a Constituição em seguida, no seu 1º artigo, como fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (IV), dentre outros.

Tal supremacia é encontrada também no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), Capítulo I (Princípios gerais da atividade econômica), onde a Carta é expressa ao determinar que a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho humano, com a finalidade de assegurar a todos existência digna (artigo 170, *caput*), tendo também por princípio — que não colide e deve conformar-se com os anteriores — a busca do pleno emprego (artigo 170, inciso VII). Ao tratar, no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais (e já vimos que a dignidade humana e os valores sociais do trabalho encontram-se entre eles), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), a Carta Magna assentou, no artigo 5º, o princípio da igualdade, prescrevendo tratamento isonômico para todos.

No estágio atual da interpretação constitucional do referido princípio (da igualdade), como acentua *Cármem Lúcia Antunes Rocha* com invulgar maestria, “o direito abandona a veste nobre que o recobriu e ganha os uniformes das fábricas. O Direito faz-se forma e força de ação. O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a ‘igualdade perante a lei’ signifique ‘igualdade por meio da lei’, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. Há se desbastarem, pois, as desigualdades encontradas na sociedade por desvirtuamento socioeconômico, o que impõe, por vezes, a desigualação de iguais sob o enfoque tradicional”.

Em seguida, a mesma autora, ainda que sem aludir ao princípio da Proteção, a que

já nos referimos, demonstra ser ele imanente ao princípio constitucional da igualdade, ao dizer que:

“Por isto, o tratamento parificado das partes processuais, *verbi gratia*, sempre contemplado e assegurado como manifestação do princípio da igualdade (igualdade dos iguais, logo, sendo ambas as partes e sendo o processo uma situação específica e única, cuida-se de garantir-lhes idêntica conduta) passa a receber um novo balizamento jurídico no Direito do Trabalho. Ambas são partes, sim, mas o relevo não é mais para o dado processual que deixa empregado e empregador serem considerados iguais, mas para a questão econômica, que os deixa desiguais inclusive como partes, pela possibilidade diferenciada de ambos. O que se pretende, pois, é que a lei desiguale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz conseqüências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes, buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal”.⁽⁹⁵⁾

No mais das vezes, observam, de seu turno, *Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior*, “a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica, que preconiza o tratamento *igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*”. Esclarecem os autores, mais adiante, que “a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las”.⁽⁹⁶⁾

É também este o pensamento de *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, para quem, “na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, *na medida em que se desigualam*, é exigência do próprio conceito de Justiça”.⁽⁹⁷⁾ Sob o ângulo exposto é que se tem por absolutamente atual o princípio da proteção, informador do Direito do Trabalho internacional, agasalhado no Brasil pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais. E a alteração legislativa em trâmite subverte, integralmente, a regra da norma mais favorável, que lhe é ínsita, na medida em que traz a anunciada possibilidade de, por instrumentos resultantes de negociação coletiva, promover alterações *in pejus* no contrato individual do trabalho, contrárias à lei e fora das exceções já contempladas no texto maior.

Ora, os princípios, conforme salientam com absoluta propriedade *Luiz Alberto Da-*

(95) ROCHA, *Cármem Lúcia Antunes*. “O princípio constitucional da Igualdade”. Belo Horizonte-MG: Editora Lê, 1990, p. 39.

(96) ARAÚJO, *Luiz Alberto David*; NUNES JÚNIOR, *Vidal Serrano*. “Curso de Direito Constitucional”. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

(97) FERREIRA FILHO, *Manoel Gonçalves*. “Curso de Direito Constitucional”. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 243.

vid Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema”.⁽⁹⁸⁾ Constitucionalistas de nomeada como Carlos Ari Sundfeld, Celso Ribeiro Bastos, José Joaquim Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Jorge Miranda e outros não menos brilhantes, também posicionam os princípios como vértice — balizador e de informação — de todo ordenamento jurídico, deixando claro que não pode haver contradição entre eles (princípios) e os preceitos legais.

Carnelutti (“Sistema di Diritto Processuale Civile. I. Funzione e Composizione del Processo”, Pádua, 1936, p. 120), citado por Plá Rodríguez, consagrou a idéia de que princípios e preceitos legais não podem colidir: “Os princípios gerais do direito não são algo que exista fora, senão dentro do próprio direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Encontram-se dentro do direito escrito como o álcool no vinho: são o espírito ou a essência da lei”.⁽⁹⁹⁾ Desta forma, a lei não pode divorciar-se dos princípios, sendo comum recorrer-se ao aforismo de que mais vale a observância dos princípios do que da própria lei, pois esta tem, necessariamente, de inspirar-se naqueles.

Isto não significa, evidentemente, que não possam evoluir os princípios ou o Direito. Mas, em se tratando de Direito do Trabalho no Brasil, onde as desigualdades sociais são imensas, o da Proteção é plenamente justificável. Tanto que tem inspirado, em outros ramos do Direito, leis modernas, como o Código de Defesa do Consumidor (apenas para exemplificar), onde também se consagra a desigualdade jurídica nas relações de consumo como expressão de isonomia. E se o projeto de lei em questão afronta a regra da norma mais favorável, inerente ao Princípio da Proteção, contraria o Princípio da Igualdade (isonomia), sendo, por isto mesmo, inconstitucional.

5.1.2. Comando constitucional negativo

Pode parecer para alguns que tenha havido esforço de interpretação para chegar-se à inconstitucionalidade acima apontada. Mas não. Mesmo para os positivistas extremados, é possível extrair do texto constitucional veto expresso à alteração legislativa pretendida no PL 5.483/01. O artigo 7º da Lei Fundamental, além de — como já dito alhures — trazer permissão para adoção da regra da norma mais favorável, tem também um claro comando negativo em seu *caput*.

Ao estatuir que além dos direitos previstos nos seus 34 incisos (e um parágrafo, que estende aos domésticos parte deles) para os trabalhadores urbanos e rurais, são permitidos outros que “visem a melhoria de sua condição social”, deixou evidenciado, a *contrario*

(98) ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “Curso...”. Ob. cit., p. 45.

(99) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Princípios...”. Ob. cit., p. 20.

sensu, que normas que tendam a piorar a condição social do trabalhador são vedadas. O inciso XXVI do mesmo artigo reconhece as convenções e acordos coletivos, mas, para promover alterações *in pejus*, só mesmo nas três hipóteses já tratadas no mesmo artigo, pois não pode desgarrar-se um inciso do contexto geral do artigo em que está inserto, de forma a emprestar-se-lhe interpretação isolada.

Assim, a flexibilização quase irrestrita pretendida só seria possível com a alteração do texto constitucional vigente. Não se pode olvidar, entretanto, para sorte do trabalhador, a rigidez que reveste o processo legislativo constitucional em relação a qualquer pretensão de modificação, empeço que, no sentir de *Cármem Lúcia Antunes Rocha*, serve “para constranger a afoiteza e a conveniência momentânea daqueles que estejam a exercer eventualmente o poder e que possam não pretender acanhar a sua situação às fronteiras constitucionais postas”.⁽¹⁰⁰⁾ É, precisamente, o que está ocorrendo.

Indubitavelmente, caso seja aprovado no Senado (queremos crer que não será), o tema, fatalmente, será posto perante o Supremo Tribunal Federal, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade. E é preciso, conforme destaca com elegância de linguagem a autora referida anteriormente, que tenhamos plena consciência que “o Direito é o instrumento pelo qual se faz da palavra vida e, na vida, a Justiça. Como o padre que transforma, pelo milagre da transubstanciação, o pão em Corpo de Cristo — ‘eis o Mistério da Fé’ —, o profissional do Direito transforma, pelo milagre da vivificação da palavra, o Verbo em Vida — eis o desafio da Justiça humana”.⁽¹⁰¹⁾

Logo, se o Legislativo, como o Executivo, mostrar-se infenso ao comando constitucional negativo referido, por certo ao Judiciário não faltará a sensibilidade necessária para extirpar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional que, de uma ou de outra maneira, a nosso ver terá sobrevida curta.

5.2. Conveniência e oportunidade da flexibilização

Não é possível ignorar as lições de *Germán Barreiro Gonzáles*, Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de León (Espanha), no sentido de que “El conveio colectivo es por tanto el portador idóneo de una paz laboral conseguida a través de una armonización temporal de los intereses de empresarios y trabajadores, haciendo buena y verdadera, también para el mundo del trabajo, la afirmación general de *Rousseau* de que, ‘puesto que ningún hombre tiene una autoridad natural sobre su semejante y puesto que la guerra no produce ningún derecho, quedan, pues, las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres’”.⁽¹⁰²⁾ Entretanto, o Brasil — talvez contrariamente

(100) ROCHA, *Cármem Lúcia Antunes*. “Constituição e Constitucionalidade”. Belo Horizonte-MG: Editora Lê, 1991, p. 54.

(101) ROCHA, *Cármem Lúcia Antunes*. “O princípio...”. Ob. cit., p. 12.

(102) GONZÁLES, *Germán Barreiro*. “Reflexiones sobre la paz laboral”. In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná*. Curitiba-PR: Juruá, 1991, p. 19.

ao que ocorre em relação a alguns países da Europa —, não está preparado para permitir que instrumentos resultantes de contratação coletiva prevaleçam sobre a lei.

Mesmo críticos ferrenhos do modelo atual têm dúvidas sobre os resultados de alteração tão profunda. Fazendo alusão a dois modelos básicos de sistemas de relações de trabalho que convencionou chamar “estatutário” (onde direitos e deveres são previstos em lei) e “negocial” (onde predomina a negociação entre empregados e empregadores ou seus representantes), *José Pastore*, para exemplificar, admite ser “impossível dizer-se de antemão qual é o melhor sistema para o Brasil. Mesmo porque, isso depende das partes e não das especulações dos especialistas em relações do trabalho. O sistema estatutário baseia-se em muita lei e pouca negociação. No primeiro, a ênfase está na definição dos resultados, com muita interferência da justiça. No segundo, a ênfase recai sobre a definição das regras, com pouca interferência da justiça”.⁽¹⁰³⁾

Adverte *Orlando Teixeira da Costa* que “... o Direito do Trabalho brasileiro é informado pelo princípio tuitivo, que condiciona toda a sua hermenêutica. A não ser, pois, que se altere essa rigidez, não é plausível que se chegue a qualquer resultado flexível”.⁽¹⁰⁴⁾ “A realidade social brasileira, por outro lado”, diz, “é profundamente diferenciada, a ponto de autores nacionais e estrangeiros falarem na existência de dois brasis, um dos quais desenvolvido, capaz de se ombrear com os países do primeiro mundo, enquanto o outro, numericamente predominante, apresenta-se pobre e insatisfatoriamente evoluído”.⁽¹⁰⁵⁾

Com a larga experiência que a magistratura de carreira lhe proporcionou, *Orlando Costa* alude também a “duas camadas estratificadas de brasileiros, manifestamente desiguais, na pirâmide social do País”, sentenciando:

“Em decorrência desses dois tipos de diferenciação, o sistema sindical brasileiro também se apresenta diversificado, conforme o território em que exerce a sua atividade. Nos grandes centros industrializados, como nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais ou Rio Grande do Sul e em relação àquelas profissões numericamente mais importantes, ele é um sindicalismo forte, com poder de barganha e capaz de levar os empregadores a negociarem. Nos Estados industrialmente inexpressivos ou em relação às atividades numericamente insignificantes, a vida sindical não possui nenhuma ou quase nenhuma força, pelo que dificilmente os patrões concordam em manter qualquer tipo de entendimento com seus empregados.

Ora, essa realidade não autoriza, sem avaliações particulares, a compatibilização do Direito do Trabalho brasileiro com as novas estruturas socioeconômicas manifestadas no mundo, pois haverá necessidade de uma prévia aferição do relacionamento

(103) *PASTORE, José*. “Flexibilização e...”. Ob. cit., pp. 187-188.

(104) *COSTA, Orlando Teixeira da*. “Direito Coletivo do Trabalho e crise econômica”. São Paulo: LTr, 1991, p. 86.

(105) *COSTA, Orlando Teixeira da*. “Direito Coletivo do Trabalho e crise econômica”. São Paulo: LTr, 1991, p. 86.

interno, para que se chegue a uma adaptação jurídica compatível com o *status quo* existente.

2. Em face dessa situação, não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida neste sentido poderia agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho.

A quebra da rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados”.⁽¹⁰⁶⁾

Constata, ainda, o autor, que “por estas razões sumariamente expostas, a negociação coletiva está longe de possuir, no Brasil, a pujança e a significação que possui em outros países. O trabalhador habituou-se a tudo esperar e receber do Estado, face ao regime paternalista que aqui se instaurou a partir dos anos trinta e que, apesar das modificações que tem sofrido, continua essencialmente o mesmo. Além do mais, o principal instrumento de luta sindical — a greve — embora direito reconhecido pela Constituição, é excessivamente controlado pela sua regulamentação. E, por último, talvez fosse conveniente recordar uma motivação de natureza sociológica, lembrada pelo professor *Evaristo de Moraes Filho*, relativa ao nosso caráter nacional; a ausência de espírito associativo, a inexistência de instituições voluntárias de solidariedade, de associações permanentes, de grupos de interesses duráveis”.⁽¹⁰⁷⁾

Tem razão o mestre citado. A bem da verdade, palavras de Getúlio Vargas, proferidas no início da década de 40, que serviram de epígrafe à obra histórica da época, ainda hoje soam atuais:

“Neste primeiro de maio, aproveitando o ensejo de falar-vos diretamente, quero lembrar a necessidade de aumentarmos a inscrição nos sindicatos profissionais. Não se cogita de alterar-lhes a organização, a estrutura ou a finalidade, mas apenas fazer com que o número de sindicalizados se eleve até abranger todos os trabalhadores, de forma que estes, representando a totalidade das profissões, possam influir mais diretamente nas resoluções de caráter econômico, social e político. Não há, aí, apenas um dever patriótico a cumprir. Reclamam-no os interesses gerais e o interesse particular do próprio trabalhador, que falando por si mesmo junto às instâncias da

(106) COSTA, Orlando Teixeira da. “Direito Coletivo do Trabalho e crise econômica”. São Paulo: LTr, 1991, pp. 86-87.

(107) COSTA, Orlando Teixeira da. “Direito Coletivo do Trabalho e crise econômica”. São Paulo: LTr, 1991, pp. 146-147.

administração, mais se integra na organização do Estado e se liberta por completo das explorações parasitárias de politikeiros e demagogos, sempre prontos a prometer o que não podem dar em trôco de tudo aquilo a que não teem direito”⁽¹⁰⁸⁾

Conveniente, aqui, lembrar as lições de *Radbruch*, segundo o qual “a liberdade contratual do direito converte-se em escravidão contratual na sociedade ... a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem que aceitar”⁽¹⁰⁹⁾. Nesse diapasão, sem alterações profundas — a adoção do pluralismo sindical, talvez, com o fim da contribuição sindical obrigatória — que propiciem o fortalecimento efetivo dos sindicatos, não é possível que o Estado transfira-lhes a responsabilidade pela tutela dos direitos dos trabalhadores, sem que estes sofram prejuízos irreparáveis.

A propósito, respondendo a questionamento por ele mesmo feito, sobre os benefícios e malefícios do intervencionismo estatal, Bento Herculano Duarte Neto ensina que “como o desemprego e a recessão são fenômenos de ordem praticamente mundial, pela tradicional lei da oferta e da demanda a desregulamentação das relações trabalhistas por via estatal sem dúvida alguma beneficiaria aos empregadores, pois em tempos de crise o subemprego avoluma-se, com o aviltamento da mão-de-obra, que chega a ser tratada como uma mercadoria de terceira qualidade”⁽¹¹⁰⁾

Opina ele que, em casos de categorias profissionais organizadas e fortes — e cita, como exemplo, as dos bancários e metalúrgicos, em São Paulo (Capital) —, a inércia regulamentadora do Estado — ou a prevalência do negociado sobre o legislado, acrescentaríamos — não lhes imporia maiores prejuízos. Justifica seu ponto de vista em razão da força e capacidade organizacional de tais categorias, que possuem excelente estrutura sindical; união obtida a partir de louvável, autêntica e honesta liderança sindical; localização geográfica em privilegiado centro econômico; e, por fim, elevado grau de intelectualidade, o que realça o seu “poder de fogo”⁽¹¹¹⁾. É, também, o que pensamos. Mas, para a maciça maioria dos trabalhadores, a flexibilização, nos moldes preconizados, resultaria em precarização ainda maior das relações empregatícias.

5.3. Obsolescência e formas inteligentes de flexibilizar

Sobre virtual obsolescência do Direito do Trabalho em face das novas formas de contratação laboral, o professor *Amauri Mascaro Nascimento*, em 1990, não pareceu con-

(108) VARGAS, Getúlio. In MARCONDES FILHO; VIANNA, Segadas; LOPES, Helvecio Xavier; CASTRO, Oswaldo C. de; e DI PIERO, Fioravente. “Curso de Orientação Sindical”. Rio: Comissão Técnica de Orientação Sindical, 1994, Epígrafe (a obra pode ser encontrada na Biblioteca do TRT da 15ª Região).

(109) Apud DUARTE NETO, Bento Herculano. “Temas modernos de processo e direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1994, p. 22.

(110) DUARTE NETO, Bento Herculano. “Temas modernos de processo e direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1994, p. 22.

(111) DUARTE NETO, Bento Herculano. “Temas modernos de processo e direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1994, p. 23.

cordar com a expressão, entendendo a sua utilização como a real necessidade de “aceitar transformações no Direito do trabalho; de admitir a necessidade de uma revisão do Direito do Trabalho; de mostrar que o Direito do Trabalho não é um compartimento estanque, separado de tudo. Ao contrário, o Direito do Trabalho é parte de um sistema de relações de trabalho. E este sistema, por sua vez, é parte de um todo maior, que é um sistema econômico existente num país. Daí por que, seria atípico o Direito do Trabalho, que, tendo por objetivo, como realmente tem, dispensar tutela jurídica ao hipossuficiente, ao trabalhador, exatamente para impedir a sua absorção pelo processo econômico distanciado da vida. Um Direito do Trabalho, que tendo essas metas — no meu modo de ver, continuam a ser metas principais — mas um Direito de Trabalho que fosse avesso à realidade e que fosse estranho às coisas que acontecem na vida da economia, da sociedade, das relações de trabalho seria inaceitável; mas, daí à obsolescência, talvez não. Mesmo porque, o Direito do Trabalho não só em outros países como também no Brasil, de certo modo, tem procurado responder aos imperativos das crises econômicas”.⁽¹¹²⁾

No mesmo painel, o saudoso *Valentin Carrion*, após reconhecer que a possível obsolescência do Direito do Trabalho contemporâneo, acenada por alguns, se relaciona com o tema da flexibilização, lembrando lições de *Romagnoli*, para quem “se prepara a anti-história do Direito do Trabalho, e que será necessário enterrar o passado, terminando por antever um futuro que poderá não ser radiante”, concluiu que o Direito do Trabalho não pode obedecer princípios idealistas ilimitadamente. E afirmou:

“E que no dia em que a nossa comunidade retomar o desenvolvimento e necessitar adaptar-se aos tempos modernos da produção, competitividade e direção do mercado de trabalho, terá que percorrer os caminhos que os países industriais percorreram, que é o da flexibilização das fontes do Direito do Trabalho; que entretanto não poderá ser a morte da proteção, mas a sua adequação.

Assim, se não se chegará à obsolescência do Direito do Trabalho, tudo mostra que poderá haver o congelamento de muitos dos seus princípios”.⁽¹¹³⁾

Por fim, o professor *José Assumpção Malhadas*, concluiu que o direito do trabalho não é obsoleto, necessitando apenas de “acomodação aos novos rumos da vida e da ciência”. Na sua opinião, “nós não podemos, evidentemente, pretender hoje ter na lei escrita pelo Estado a solução de todos os problemas que se apresentam no relacionamento entre trabalhador e

(112) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. “Novas formas de contratação laboral. ‘Obsolescência’ do Direito do Trabalho?” In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná”. Curitiba-PR: Juruá, 1991, pp. 135-136.

(113) *CARRION, Valentin*. “A obsolescência do Direito do Trabalho, como indagação, e a flexibilização”. In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná”. Curitiba-PR: Juruá, 1991, pp. 140-143.

empregador. É então, que surge a oportunidade, para que se procure flexibilizar o Direito, restringindo a atuação do Estado, para que este dê as linhas mestras da regulamentação destas relações, e deixe aos trabalhadores e a seus empregadores a incumbência de preencherem os claros e darem as normas que regularão suas relações”.⁽¹¹⁴⁾

Pois bem! — Não há dúvida que, escorado principalmente na Consolidação das Leis do Trabalho, que é de 1943, a legislação trabalhista brasileira precisa de adequações. Uma tendência flexibilizadora também é de ser admitida. Na legislação infraconstitucional, a adoção do banco de horas, trabalho a tempo parcial, novo modelo para o contrato de aprendizagem, suspensão do contrato de trabalho e programa de qualificação profissional, dentre outros, são exemplos de flexibilização consumada ou em via de consumação pelo legislador ordinário.

A Lei n. 10.243, de 19 de junho de 2001, é prova de que, quando quer, o legislador sabe ser criativo. De forma que se reputa inteligente, excluiu do conceito de salários (§ 2º e incisos do artigo 458 da CLT) utilidades como vestuários e equipamentos, educação (compreendidos valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático), transporte, assistência médica, hospitalar e odontológica, seguros de vida e acidentes pessoais e previdência privada. Com isto, propiciou ao empregador o fornecimento de benefícios sem risco de ver-se onerado, no futuro, com encargos trabalhistas. E mais: ao mesmo tempo, estimulou investimentos na educação, saúde e segurança do trabalhador e de sua família.

Flexibilizações positivas como esta devem ser estimuladas. O direito do trabalho não é obsoleto — e nem ficará — mas precisa adequar-se também à realidade, sem deixar-se levar exclusivamente pelas leis de mercado.

5.4. Aprovação do projeto geraria instabilidade jurídica

Na exata medida em que quebraria a hierarquia tradicional (kelseniana) e subverteria a relação de paridade entre princípios e a lei, e até de supremacia daqueles sobre esta, o PL 5.483/01, se aprovado, seria fonte de instabilidade jurídica nas relações de trabalho. Basta constatar que, prevalecendo o negociado sobre o legislado, a cada novo contrato de emprego, o trabalhador, para ter ciência exata de seus direitos, primeiro teria de realizar pesquisa sobre a existência de Convenção ou Acordo Coletivos de Trabalho que vinculassem a categoria profissional a que fosse pertencer.

É utópico imaginar que, num País onde até mesmo as leis — produzidas em profusão impressionante — são ignoradas por profissionais preparados, um humilde trabalhador

(114) MALHADAS, *Júlio Assumpção*. “Novas formas de contratação laboral. ‘Obsolescência do Direito do Trabalho’.”. In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná”. Curitiba-PR: Juruá, 1991, pp. 144-146.

tenha condições, ao menos, de determinar corretamente seu enquadramento sindical. Não é sem razão que, hoje, o professor *Amauri Mascaro Nascimento*, apesar de parecer inclinar-se favoravelmente à proposta, alerta que “se efetivamente intensificar-se a prática da negociação, o que não é certo, mas pode acontecer, muitos problemas de entendimento a respeito dos parâmetros estabelecidos pela nova lei só serão resolvidos na medida em que, pela via do processo judicial, a Justiça do Trabalho as solucionar, hipótese em que, se se efetivar, ampliará, e não diminuirá o número de processos trabalhistas...”⁽¹¹⁵⁾

Levanta o insigne autor, em artigo magistral onde evita discutir “o acerto ou desacerto da política legislativa que as novas diretrizes encerram”, de leitura recomendável para todos que quiserem aprofundar-se no tema, algumas das muitas dúvidas que poderão ser suscitadas acerca do âmbito de aplicação, ou seja, quais matérias seriam negociáveis ou não sob o pálio da nova lei.

Questões relacionadas a direitos previdenciários, organização sindical, conflitos coletivos, greve, direito público do trabalho, direito penal do trabalho, Convenções da OIT, conceitos de segurança e saúde do trabalhador, regras constitucionais gerais e específicas, bem como condições de trabalho (duração, férias, RSR, salário, normas especiais de tutela, direitos de cessação de contratos, contratos por prazo determinado, estabilidade especiais, trabalho da mulher e do adolescente), constituem apenas a entrada de um cardápio certo de problemas jurídicos a serem suscitados.

É possível imaginar até que, com base na lei, pleiteie o trabalhador direitos que, mais tarde, no curso da lide, constate não ter, por força de norma resultante de negociação coletiva por ele desconhecida. Não é cerebrina, igualmente, a hipótese de incessante provocação do Poder Judiciário apenas para dirimir dúvidas ou de forma até desnecessária, conturbando ainda mais os já abarrotados tribunais.

Por tudo isto não hesitamos em afirmar: melhor seria que, em vez de permitir a prevalência do negociado sobre o legislado, fosse o legislador, a partir de discussão ampla com as partes envolvidas (empregados e empregadores), de forma gradativa, retirando excessos normativos dos textos legais e flexibilizando, de maneira inteligente, a legislação. Permaneceria assim a lei como base mínima, permitindo que em suas lacunas, as partes negociassem, e não o contrário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, além da análise da doutrina e jurisprudência existentes sobre

(115) *NASCIMENTO, Amauri Mascaro*. “Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT”. Revista LTr, São Paulo: LTr, ano 65, n. 12, dez. 2001, p. 1420.

os temas abordados, fomos apresentando as conclusões extraídas, que podem ser resumidas em:

1. No que respeita ao conteúdo, as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, quanto aos destinatários, podem ter suas cláusulas classificadas como normativas, obrigacionais e mistas (a última, espécie por nós introduzida na classificação tradicional);

2. Quanto às alterações nas condições de trabalho por meio de instrumentos resultantes de negociação coletiva, à luz do direito vigente, como regra, só são permitidas aquelas tendentes a favorecer o trabalhador (*in mellius*). Negociações que importem prejuízo ao empregado (*in pejus*) só são admitidas nos casos expressamente previstos na Constituição Federal;

3. Com relação aos meios de aferição qualitativa das alterações, somos partidários de solução intermediária entre as teorias do conglobamento e da acumulação (ou atomização). Entendemos que o cotejo entre a Convenção e o Acordo Coletivo de Trabalho deva ser feito instituto por instituto, o que evitaria fragmentação excessiva sem afastar-se da regra da aplicação da norma mais favorável (artigo 620 da CLT);

4. Quanto ao PL n. 5.483/01 (prevalência do negociado sobre o legislado), aprovado na Câmara e em tramitação no Senado, é — a nosso ver — manifestamente inconstitucional, além do que, flexibilização, nos termos propostos, em que à lei seria conferido caráter supletivo, geraria instabilidade jurídica nas relações de trabalho. Existem formas de flexibilização inteligente, que podem ser adotadas sem os inconvenientes e transtornos da alteração proposta.

Este ensaio teve por fito único contribuir com as discussões em curso. Os temas nele tratados, sabemos, são polêmicos. Não temos, como já salientado, a pretensão de esgotá-los e nem tampouco de fazer prevalecer idéias. Os fundamentos que nos levaram a extrair as conclusões acima enumeradas estão no corpo do trabalho, ao qual remetemos aqueles que se dispuserem a uma leitura paciente, com olhos críticos — esperamos nós —, porém benevolentes.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Renato Rua de. “Das cláusulas normativas das Convenções Coletivas de Trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho”. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 60, n. 12, dez. 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “Curso de Direito Cons-

- titucional”. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. “Direito Sindical — Análise do Modelo Brasileiro das Relações Coletivas de Trabalho à Luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT: Proposta de Inserção da Comissão de Empresa”. São Paulo: LTr, 2000.
- CARRION, Valentin. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho” (atualizada e ampliada por CARRION, Eduardo). 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. “A obsolescência do Direito do Trabalho, como indagação, e a flexibilização”. In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná”. Curitiba-PR: Juruá, 1991.
- COSTA, Orlando Teixeira da. “Direito Coletivo do Trabalho e crise econômica”. São Paulo: LTr, 1991.
- DE LUCA, Carlos Moreira. “Convenção Coletiva do Trabalho — Um estudo comparativo”. São Paulo: LTr, 1991.
- DUARTE NETO, Bento Herculano. “Temas modernos de processo e direito do trabalho”. São Paulo: LTr, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”. 2ª ed., 28ª impr., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Curso de Direito Constitucional”. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. “Curso de Direito do Trabalho” (atualizado por PINTO, José Augusto Rodrigues). 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONZÁLES, Germán Barreiro. “Reflexiones sobre la paz laboral”. In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná”. Curitiba-PR: Juruá, 1991.
- JURIS Síntese Millennium. Porto Alegre-RS: Síntese, mai./jun. 2001, n. 29 — CD-ROM.
- MAGANO, Octavio Bueno. “Manual de Direito do Trabalho — Direito Coletivo do Trabalho”. v. III, 3ª ed., São Paulo: LTr, 1993.
- MALHADAS, Júlio Assumpção. “Novas formas de contratação laboral. ‘Obsolescência do Direito do Trabalho’”. In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná”. Curitiba-PR: Juruá, 1991.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. “Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho”.

- São Paulo: Atlas, 2001.
- MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; e TEIXEIRA, Lima. “Instituições de Direito do Trabalho”. 15ª ed., São Paulo: LTr, 1995, v. 2.
- MARCONDES FILHO; VIANNA, Segadas; LOPES, Helvecio Xavier; CASTRO, Oswaldo C. de; e DIPIERO, Fioravente. “Curso de Orientação Sindical”. Rio: Comissão Técnica de Orientação Sindical, 1994.
- MICHAELIS. “Moderno Dicionário da Língua Portuguesa”. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Compêndio de Direito Sindical”. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2000.
- _____. “O Debate sobre negociação coletiva”. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 64, n. 9, set. 2000.
- _____. “Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT”. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 65, n. 12, dez. 2001.
- _____. “Novas formas de contratação laboral. ‘Obsolescência’ do Direito do Trabalho?”. In Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. “Estabilidade, flexibilidade e formas de solução dos conflitos do trabalho. Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Paraná”. Curitiba-PR: Juruá, 1991.
- OLIVA, José Roberto Dantas. “Tutela da Moral na esfera trabalhista: tendências e perspectivas”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) *et al.* “Grandes temas da atualidade — Dano Moral (Aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas)”. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. “Convenção Coletiva de Trabalho no Direito Brasileiro”. São Paulo: LTr, 1996.
- Organização Internacional do Trabalho. “Negociações Coletivas” (trad. VALLE, Sandra). São Paulo: LTr, 1994.
- PASTORE, José. “Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva”. 2ª t., São Paulo: LTr, 1995.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. “Direito Sindical e Coletivo do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Princípios de Direito do Trabalho”. Tradução de Wagner D. Giglio, 5ª t., São Paulo: LTr, 1997.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O princípio constitucional da Igualdade”. Belo Horizonte-MG: Editora Lê, 1990.

_____. “Constituição e Constitucionalidade”. Belo Horizonte-MG: Editora LÊ, 1991.

RUPRECHET, Alfredo J. “Relações Coletivas de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. “Princípios Gerais de Direito Sindical”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Otávio Pinto e. “A contratação coletiva como fonte do Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. “Convenções da OIT”. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. “O Procedimento Sumaríssimo no Processo do Trabalho”. 2ª t., São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA JÚNIOR, João Régis. “Convenção Coletiva de Trabalho”. São Paulo: LTr, 1994.